الجامعة الإسلامية العالمية
بإسلام أباد- باكستان
كلية الشريعة والقانون

International Islamic University
Islamabad- Pakistan
Faculty of Shariah & Law



حق الاستقرار

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الباكستانية والمصرية

بحث مقدم

لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

بإشراف

الأستاذ الدكتور/ رمضان حسنين جمعة
عميد كلية الشريعة والقانون

إعداد الطالب

محمد مصطفى جان محمد"نيازي"

العام الجامعي : ٢٠٠٥-٢٠٠٤م
الموافق : ١٤٢٤ -١٤٢٥هـ

International Islamic University
Islamabad- Pakistan
Faculty of Shariah & Law



الجامعة الإسلامية العالمية
باسلام أباد- باكستان
كلية الشريعة والقانون

حق الاستقرار

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الباكستانية والمصرية

اليوم:

التاريخ: الموافق

أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعاتهم

الرقم	المناقش	الاسم الكامل	التوقيع
١	المناقش الخارجي		
٢	المناقش الداخلي		
٣	المشرف	د/ رمضان حسنين جمعة	

المقدمة:

تشمل أهمية الموضوع وسبب الاختيار وخطة البحث ومنهج الكتابة

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الشكر

بعد شكري لله على توفيقه ومنه ،أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف صاحب الفضيلة الأستاذ الدكتور رمضان الحسين جمعة ، على المجهود العظيم الذي بذله في قراءة هذه الرسالة ، والتوجيهات القيمة التي كان لها الأثر الكبير في إنجاز هذا العمل ، وقد منحني أستاذي المشرف الكثير من وقته الثمين الذي هو في أمس الحاجة إليه لما يقوم به من مهام علمية واجتماعية جسام ، وأرشدني بعلمه ، وتوجيهاته الصادقة التي كانت لي خير معين بعد عون الله سبحانه وتعالى ساعدت على إبراز هذا البحث وإخراجه إلى حيز الجود ، فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك الله له في وقته وجهده وعمله ، ونفع به المسلمين عامة ، إنه سميع مجيب الدعاء.

ولا يفوتني أيضا أن أتوجه بشكري وتقديري إلى رئيس قسم الفقه وأستاذي الجليل فضيلة الدكتور سيد عواد ،لما يبذل من جهود كثيرة في تربية أبناء المسلمين وتثقيفهم، وإرشادهم إلى ما هو نفع لهم ولغيرهم ، وقد أرشدني كثيرا إلى الاستفادة من الوقت وعدم ضياعه ، وبذل الجهود في مراجعة الكتب والاستفادة من خبرات المشايخ ، كما نصحني على قبول توجيهات المشرف ، وإرشاداته الكريمة ،وقد استفدت كثيرا من علمه الكريم وتوجيهاته الصادقة الغالية ، وكانت خير معين لي في كتابة الرسالة وتنظيمها ، فجزاه الله عني خير الجزاء...

وأشكر كذلك المناقش الخارجي فضيلة الدكتور (   ) لما قام بمراجعة الرسالة وتصحيح الأخطاء الواردة فيها ،وقد صرف وقته الثمين في قراءة الرسالة وتصحيحها ، فجزاه الله خيرا ،والله أسأل أن يبارك في علمه وعمره ، وأن يوفقه لمزيد خدمة الإسلام والمسلمين.

ولا يفوتـني كذلـك أن أتوجـه بخـالص شـكري وتقديـري إلى أسـاتذة الأجـلاء بكلية الشريعة والقـانون عـلى ما قدموه لنا من إرشادات عامة ومساعدات طيبة فجزاهم الله عني خير الجزاء..

وشـكري أيضـا إلى المسئولين بهذه الجامعة المباركة الذين أتاحوا لي فرصة الابتعاث لتكميل مرحلة الدكتوراه، فجزاه الله عنا وعن المسلمين جميعا، وأن يوفقهم لمزيد خدمة الدين وتربية أبناء المسلمين.

وأشـكر أيضـا جمـيع إخوانـي وأصـدقائي الذيـن سـاعدوني في إعداد الرسالة، وعلى الخصـوص أخي الكريم،الشيخ تنوير أحمد،حيث ساعدني كثيرا،في الدلالة على الكتب وتـرجمة النصـوص الواردة باللغة الإنجليزية، فالله أسأل أن يجعل جهده هذا في ميزان حسناته يوم القيامة، وأن يبارك في علمه وعمره حتى يستفيد منه أبناء المسلمين.

ولا ينسـى أنـني قـد بذلت جهدا كبيرا في إعداد الرسالة وتنظيمها، وسهرت الليالي في مـراجعة الكتـب والمـراجع، وذهبـت إلى كثير من العلماء والمشايخ، للاستشارة وأخذ المشـورة مـنهم، وهـذا قصـارى جهـدي فما وصلت فيه إلى الحق فمن الله وفضله، وما أخطأت فيه فمن تقصيري وعجزي والكمال لله وحده.

والله أسـأل أن يتقـبل مـني هـذا العمـل خالصا لوجهه الكريم،وأن ينفع بهذه المحاولة المتواضعة من يسلك هذا الطريق من بعد.

وصلى الله تعالى وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلله فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. وبعد:

فقد اقتضت حكمة الله سبحانه أن تكون الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، التي نزلت من عند الله، لإصلاح الخلق، وتبصيرهم بدروب السعادة.

كما اقتضت حكمته سبحانه أن تتخذ صفة العالمية والدوام للناس، حتى تقوم الساعة، وشريعة هذه صفتها، لابد أن يكون ضمن قواعدها الأساسية ما يكفل لها الخلود، والصلاحية لجميع البشر على اختلاف أزمانهم، وأمكنتهم، وأجناسهم وألوانهم، ولغاتهم.

وقد شاء الله سبحانه ذلك، فجاءت هذه الشريعة مبنية على أقوى ما يتصوره العقل من هذه القواعد، حافلة بكل المعاني التي تحفظ لها صفة الدوام والعموم، زاخرة بكل خصال الخير والخلق الفاضل.

ولا أدل على ذلك من مراعاتها لمصالح البشر في تشريع الأحكام، ومسايرتها للفطرة في تنظيم شئون الحياة في مختلف جوانبها، وابتنائها على اليسر والسهولة فيما تكلف به أتباعهامن أحكام

ومما لاشك فيه أن دراسة الفقه الإسلامي لها أهمية بالغة في عصرنا تساوي أهمية الالتزام به عمليا وخلقيًا، فالعلم والعمل والتقوى هي أركان الإيمان ورحم الله أبا حنيفة الذي عرف الفقه بأنه " معرفة النفس مالها وما عليها[١]" إن الفقه الإسلامي يؤثر ويتأثر بواقع المسلمين، فقد كان يزهو وينمو بارتقائهم وينحدر بانحدار هم، ولا غرو فهو ثمرة الإيمان والعلم وفهم النصوص الشرعية. ولعله لهذا السبب وجدناه يمر

---

[١] التوضيح مع حاشيته التلويح لصدر الشريعة ١/ ٢٢ الطبعة الثانية كراجي باكستان سنة ١٤٠٠هجرية.

بمراحل مختلفة انتهى فيها إلى "التخريج والتفريع" ووضع المختصرات والحواشي، بعد أن كان فقه " النصوص" والاجتهاد بأنواعه المطلق أو الانتسابي أو المقيد أو المذهبي، إننا نستمد معالجات لواقعنا وللمسائل المستجدة من منابع التراث الفقهي، ومن هنا ينبغي أن تنشأ عقليات اجتهادية ، وتظهر ملكات استنباطية فائقة ، يكون على عاتقها عبء النهوض بالفقه الإسلامي ، والنهوض بالأمة الإسلامية.

ومما لا شك فيه كذلك أن هناك ارتباطا وثيقا بين الشريعة والمجتمع، فالمجتمع البشري الذي يتكون من مجموع الأفراد يحتاج إلى تشريع ينظم الحقوق بين أفراده، لئلا يطغي القوي على الضعيف، ومن هنا تنشأ الحاجة إلى وجود تشريع يرتضي المجتمع بالإحتكام لقواعده، سواء عن قناعة وجدانية بعدالة تلك القواعد، أو عن طريق الخشية من العقاب.

ومن هنا فان من الضروري أن تتوفر في التشريعات من المؤيدات الوجدانية والعقابية ما يكفل لها الاحترام في النفوس، لكي ينصاع الناس لأحكامها، فتحقق الهدف التنظيمي والانضباطي المراد منها...

وتلقى القواعد التشريعية المستمدة من القرآن والسنة احتراما وقبولا لدى الناس أكثر مما تلقاه القواعد التشريعية الوضعية لسلطان العقيدة على النفوس، ولشعور الناس بأن التشريعات الوضعية معرضة للخطأ، وقد تكون متحيزة أو ظالمة، لصدورها من أناس غير معصومين عن الخطأ، وقد يتأثرون خلال وضعهم لهذه القواعد التشريعية بعوامل ومؤثرات تدفع بهم نحو الاستجابة لعواطف شخصية أو طبقية أو نوعية أو حزبية. وبالتالي فان مثل هذه القواعد لا يمكن أن تلقي الاحترام الذي يمكنها من السيطرة على المجتمع وتنظم الحقوق بين أفراده.

وبالاضافة إلى ما تتميز به الشرائع السماوية عن الشرائع الوضعية من حيث احترامها في النفوس، فإننا نلاحظ أن الشريعة السماوية تدعم قواعدها التشريعية بالجزاء

الأخروي، وبخاصة في الحالات التي لايملك القانون الوضعي أن يصل إليها، لعدم توافر وسائل الاثبات فيها.

مما يؤكد أن الصفة الدينية في القاعدة القانونية ميزة حقيقية، لأنها تمنح تلك القاعدة سلطانا قويا مرتبطا بضمير الفرد ووجدانه.

وأعتقد أننا اليوم في حياتنا المعاصرة بحاجة إلى قانون يستمد قوته من صفته الدينية لكي نستطيع به أن نخلص من واقعنا القانوني الذي يحس المواطن في مجتمعنا بعدم قدرته على ضبط المشاكل القائمة، مما يؤكد انفصام العلاقة وفقدان الثقة بين المواطن والقانون في بلادنا...

ونحن في البلاد الاسلامية التي يرتبط شعبها بالاسلام دينا وعقيدة ونظاما نستشعر اليوم حاجتنا الماسة إلى قانون مستمد من الإسلام، لكي يحقق التلاحم بين المواطن والقانون، ولكي نسمو بمكانة القانون من مجرد قواعد مفروضة ومرفوضة إلى قواعد يحتكم الفرد إليها احتكاما نابعا من إيمانه بقدسية مكانتها، وسمو مصدرها، وعدالة أحكامها.

والشريعة الإسلامية تختلف عن الشرائع الوضعية في نشأتها ومصدرها وطبيعتها وغايتها ونظرا لهذا الاختلاف فإن من العبث أن نقارن الشريعة ذات المصدر الإلهي بالشرائع الوضعية التي تنشأ عادة نتيجة تطور العادات الاجتماعية، فتصبح هذه العادات أعرافا ملزمة، وتختلف هذه الأعراف باختلاف الأمم والشعوب تطورا وتقدما ورقيا، فهي صورة واقعية عن المستوى الحضاري والأخلاقي والاجتماعي الذي وصلت إليه الأمة...

وبناء على هذا فإن القوانين الوضعية الناشئة عن الأعراف الاجتماعية تختلف باختلاف الشعوب والأمم، ومن العبث أن نحاول زرع قانون نشأ في بيئة معينة وفي ظل ظروف خاصة في مجتمع تختلف بيئة ظروفه عن المجتمع الأول، ولو افترضنا أننا

استطعنا أن نقوم بعملية الزرع هذه عن طريق النقل الأمين فإن المؤكد أن مثل هذه التجربة لا يمكن أن تكون ناجحة، ولا يمكن أن تعطي ثمارها المطلوبة، لارتباط القانون بالمجتمع وضرورة تعبيره عن مفاهيم ذلك المجتمع وقيمه وعقائده وأخلاقياته...

وإذا كنا نحس اليوم أننا في مجتمعنا الإسلامي المعاصر نستشعر فقدان التلاحم بين المواطن والقانون في بلادنا فإن مرد ذلك يعود إلى شعور المواطن بانعدام الصلة النفسية بينه وبين القانون، ولا أعتقد أن من الممكن أن نوطد تلك العلاقة بين المواطن والقانون في مجتمعاتنا ما لم نجد الشجاعة في أنفسنا أن نقول بأن كل قانون أجنبي لا يمكن أن يلقي قبولا لدى معظم الأوساط الشعبية التي ترفضه كل الرفض، وترفض الاحتكام إليه.

وإذا كانت الشرائع الوضعية تنشأ في المجتمع نتيجة أعراف وتقاليد وعادات، ثم تتطور حتى يصبح لها قوة الالزام، فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن الشرائع الوضعية في هذا المجال، فهي لم تنشأ نتيجة أعراف متغيرة، ولو كانت كذلك لوجب أن تتطور وتتغير مع تطور وتغير تلك الأعراف وإنما جاءت من مصدر إلهي عن طريق الوحي الذي نزل على محمد صلى الله عليه وسلم، فهي شريعة ربانية في مصدرها، وإذا كانت كذلك فإن من الضروري أن تكون ذات طبيعة إنسانية، لأن الخالق لا يمكن أن يضع لعباده تشريعا متحيزا لفئة منهم، ولا معبرا عن مصالح بعضهم، وإنما يأتي التشريع للناس كافة، لأن الناس متساوون في الحقوق الإنسانية، وهم في درجة سواء. وبعد هذه المقدمة نقول إن الشريعة الإسلامية شريعة كاملة وصالحة لكل زمان ومكان، وأن الفقه الإسلامي يستطيع أن يحل جل المسائل الواقعة والمتوقعة.

وفي هذا البحث سوف نعرض لموضوع عالجه الفقه الإسلامي المستظل بظل الشريعة الإسلامية — القرآن والسنة— وهو موضوع "حق الاستقرار" ونقارن النتائج التي توصّل إليها فقهاء الشريعة، بالنتائج التي توصّل إليها فقهاء القوانين الوضعية (في القانونين الباكستاني والمصري).

والـذي بـرّر هـذه المقارنـة هو أننا في الحقيقة لا نقارن الشريعة الإسلامية في مستواها السّـامي والمعصـوم (القـرآن والسنة) بجهـود فقهاء القوانين الوضعية، وإنما نقارن جهود فقهـاء الشـريعة حـين يستمدون القوانين من القواعد والنصوص الشرعية العامة، وهم في ذلـك الاجتهاد غير معصومين، وعرضة للخطأ، ولكنه غاية جهود البشر، وما يتوصلون إلـيه مـن أحكـام تكـون ملزمة من الناحية الشرعية لغلبة الظن بصحتها، والعمل بغلبة الظـن واجـب في الشـريعة الإسـلامية (في الفرعيات) لأنها تعتمد على المصلحة الواقعية التي يعتبرها الشرع.

أقـول نقـارن نـتائج جهود هؤلاء الفقهاء المستظلين بالشريعة الإسلامية بجهود فقهاء القوانين الوضعية الذين لا يستظلون في — الغالب— بنصوص الشريعة الإسلامية.

وغرضـنا أن نثبـت أن جهـود فقهـاء الشريعة أكمل وأتم وأنفع للمجتمعات البشرية، وبخاصة المجتمعات المسلمة.

إن موضـوع حق الاستقرار أو القرار من أهم الموضوعات في عصرنا الحاضر ويحتاج إلى البحث والمناقشة حيث أننا نرى في واقعنا كثيرا من الناس يستأجرون يؤجرون أراضيهم وممتلكاتهم لزمن طويل كما أن التعامل بالخلو يجري الآن في جميع البلدان والغرض من ذلـك التنمـية الاقتصـادية لأن العلماء الذين جوزوا مثل هذه الإجارات ذكروا أن في ذلك تنمـية لاقتصـاد الدولـة، إضـافة إلى ذلـك فـإن فقهاء المسلمين القدامى لم يتعرضوا لهذا الموضوع ولم يبحثوا عنه، وإنما بحثه العلماء المتأخرون، فصرفوا له قسطا من جهودهم، كـان مـن نـتائجه إبـراز كثير من جوانبه، غير أنه لم يقدر لأحد منهم أن يبحثه بصفة مستقلة، يذكـر فـيها جمـيع جوانبه، ويوضح غوامضه، ويفرق بينه وبين ما قد يشتبه بـه، بـل جـاء بحثهم ضمن مباحث مختلفة، في أماكن متعددة، بل تجاوز الأمر ذلك، حيث لم يعد القارئ يجد بحثه في باب واحد، بل في أبواب متعددة، كما جاء كثير من مباحثه متسما بالغموض، أو الالتباس بينه وبين ما قد يشتبه به.

ولسنا بهذا ننكر جهود الباحثين القدامى منهم والمحدثين على السواء، أو نغمطهم حقهم فيما بذلوه من جهد، بل إنهم –كما قلنا– صرفوا له قسطا من جهودهم، فأدى ذلك ثمرته في إبراز كثير من جوانبه، لكنه لم يقدر لأحدهم أن يبحثه بصفة مستقلة، يذكر فيها جميع جوانبه، ويوضح جميع غوامضه، ويفرق بينه وبين ما قد يشتبه به.

ويعتبر علماء الحنفية –بحق– أوسع من بحث في هذا الموضوع، فقد تناولوا كثيرا من جوانبه، وتعمقوا في بحث قضاياه كابن عابدين في حاشيته، وكصاحب الفتاوى الحامدية، وكابن نجيم وغيرهم.

وما دام الفقهاء القدامى لم يتعرضوا له وكذلك كثير من المتأخرين لم يتناولوه بالبحث ؛ فرأيت من المناسب أن أكتب فيه و أحققه لأنني حينما كنت أقرأ حاشية ابن عابدين ورأيت مثل هذه الكلمات الغريبة تشوقت أن أحقق مثل هذا الموضوع وهذا هو السبب الذي أدى بي إلى إختياره.

المقصود من الكتابة في هذا الموضوع:

ومقصودي من الكتابة في هذا الموضوع، أن أتلافى الملاحظات التي أخذتها على السابقين، وذلك بأن أجمع أشتاته المتفرقة في المباحث المختلفة وفي الأماكن المتعددة ومن الفنون المتعددة، وأوضح غوامضه، وأمثل لما يحتاج في بيانه إلى تمثيل، وأفرق بينه وبين ما قد يشتبه به، أنظم ذلك في فصول ومباحث، أراها وافية بالغرض، فيأخذ حق القرار بهذا العمل صفة الاستقلال والكمال، على حد ما وصل إليه بحثنا، كما يأخذ صفة الوضوح في مباحثه، بالتفسير لقضاياه، والتمثيل لها، والتفريق بينه وبين ما قد يشتبه به.ومقاصدي هذه لا تستوفي حقها من العناية التي أراها حقيقة بها، حتى تكون مباحث حق القرار كلها مضمومة بين دفتي كتاب منفصلة عن غيرها من المباحث الفقهية، وهو ما أريد في هذا البحث إن شاء الله.

خطة البحث

لم تكن الخطة لهذا البحث وليدة وقت قصير، ولكنه سبقها زمن طويل في التفكير في موضوع يصلح مجالا للبحث، وبعد وقوع الاختيار على هذا الموضوع، احتاج في التخطيط له ثلاثة شهور كاملة، اتصل العمل به فيها ليلا ونهارا، ذلك لأن مباحث حق القرار لا يوجد في مكان واحد تضمه دفتا كتاب واحد، بل هو ضمن مباحث مختلفة، في أماكن متفرقة.

وقد عمدت في هذه الثلاثة الشهور إلى طريقة استقراء الكتب في الفنون المختلفة التي تمس جوانب هذا الموضوع، وتدوين هذه الجوانب.

فاستقرأت ما وقعت عليه يدي من كتب الفقه، ولا سيما كتب الحنفية، كحاشية ابن عابدين، والبحر الرائق، والفتاوى الحامدية، والفتاوى الهندية، والفتاوى البزازية، والخانية، إلى غير ذلك مما استقرأته من كتب الحنفية، وغيرهم من أرباب المذاهب الأخرى، ولا سيما فتاوى الشيخ عليش، والشرح الكبير للدردير.

ولم أغمض النظر عما كتبه المحدثون والمعاصرون في هذا الموضوع، بل عملت فيه ما عملت فيما تقدم من الاستقراء لما ورد في كتبهم من جوانبه، وقد تحصل لي من ذلك خطة لهذا البحث، تقوم على ما يأتي:

حق الاستقرار

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الباكستانية والمصرية

ينقسم البحث إلى مقدمة وتمهيد وأربعة فصول:

المقدمة: تشمل أهمية الموضوع وسبب الاختيار وخطة البحث ومنهج الكتابة

التمهيد: في تعريف الحق وبيان ماهية حق الاستقرار، ومدى اهتمام الفقه والقانون به.

الفصل الأول: ماهية الحكر ومتعلقاته وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في ماهية الحكر وموضوعه في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: أقسام الحكر في الفقه والقانون.

المبحث الثالث: أحكام الحكر في الفقه والقانون .

المبحث الرابع: حقوق المحتكر وواجباته.

المبحث الخامس: مدة الحكر ومتعلقاتها،وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيان المدة في الحكر.

المطلب الثاني: الحقوق المترتبة بمضي المدة .

المطلب الثالث: الأجرة الواجبة مقابل الحكر.

المطلب الرابع: انقضاء الحكر بتمام المدة أو فسخه.

الفصل الثاني: الإجارة الطويلة وعقد الإجارتين وحلول الانتفاع وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الإجارة الطويلة وخصائصها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف

المطلب الثاني: منشأ الإجارة الطويلة و أحكامها

المطلب الثالث: الفرق بين الإجارة الطويلة والحكر.

المبحث الثاني: عقد الإجارتين وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: ماهية عقد الإجارتين

المطلب الثاني: أحكام عقد الإجارتين

المطلب الثالث: الفرق بين عقد الإجارتين وكل من الحكر والإجارة الطويلة وفيه مسألتان

المسألة الأولى: الفرق بين عقد الإجارتين والحكر

المسألة الثانية: الفرق بين عقد الإجارتين والإجارة الطويلة

المبحث الثالث: ماهية حلول الانتفاع وحكمه وخصائصه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية حلول الانتفاع

المطلب الثاني: حكم حلول الانتفاع

المطلب الثالث: خصائص حلول الانتفاع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الفرق بين حلول الانتفاع وحق الحكر

المسألة الثانية: الفرق بين حلول الانتفاع والإجارة الطويلة

الفصل الثالث: في الخلو وأحكامه، وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الخلو وحقيقة ملكه.

المبحث الثاني: أنواع الخلو باعتبار العقارات والحوانيت وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حق الخلو في عقارات الأوقاف

المطلب الثاني: مقدار الأجرة التي يدفعها صاحب الخلو

المطلب الثالث: أحوال نشوء حق الخلو في عقارات الأوقاف

المبحث الثالث: الخلو في أراضي بيت المال وكيفية توارث هذه الأراضي.

المبحث الرابع: الخلو في الأملاك الخاصة وأخذ المستأجر بدل الخلومن مستأجر آخر.

المبحث الخامس: بيع صاحب الخلو خلوه وتصرفه فيه

المبحث السادس: شفعة صاحب الخلو وإرث الخلو.

الفصل الرابع: العلاقة بين حق الاستقرار والعوارض، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في ماهية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها.

المبحث الثاني: في ماهية الظروف القاهرة والعلاقة بينها وبين حق الاستقرار.

الخـــــــاتمة

طريقة البحث:

والطريقة التي سلكتها في بحث هذا الموضوع على الخطة التي رسمتها سابقا، هي ما يأتي:

١- جمعت المادة العلمية من مختلف أنواع المصادر المعتبرة على طريق التتبع الدقيق والاستقراء التام.

وقد أدى هذا إلى أن يكون بعض الجذاذات في معنى واحد وبلفظ واحد مما يكشف نقل بعض المؤلفين عن بعض، وكثير من الجذاذات يحمل معنى واحدا مع اختلاف اللفظ، والأكثر من ذلك اختلاف المعنى على طريق التعميم في بعضها والتخصيص في بعضها الآخر.

٢- قمت بتعريف القاعدة أو المسألة لغويا واصطلاحيا مع الاستقصاء في ذلك بقدر الطاقة، وذلك بذكر ما اطلعت عليه من التعريفات، وأبرزت ما يرد عليها من مناقشات، ورجحت ما ظهر لي رجحانه.

٣- ذكرت ما قيل في المسألة من آراء مع بيان أدلة كل رأي ووجه الدلالة فيها وما يرد عليها من مناقشة، ثم اختيار ما يظهر لي رجحانه من هذه الأراء مع بيان وجه ترجيحه.

٤- ذكرت في بعض المواطن النصوص التي قيلت في بحث القضية، مع تلخيصها وتحليلها حيث احتاج الأمر إلى ذلك، وإنما ذكرت هذه النصوص، من أجل تأييد القضية المبحوثة، أو لبيان كوننا أقمناها على مجموعة من النصوص، دون أن يكون أحد النصوص انفرد بإقامتها، أو من أجل المقارنة بين هذه النقول.

٥- كتبت أولا أراء الفقهاء وعلى رأسهم فقهاء المذاهب الأربعة مضافا إليهم فقهاء الزيدية والإمامية. وبعد إكمال نظرية الفقه الإسلامي كتبت نظرية القانون

الباكستاني والمصري، ثم قارنت بينها و ذكرت وجوه الاتفاق والاختلاف معللا ومرجحا.

٦- راعيت عند ذكر المذاهب الزمن التاريخي.

٧- كما أشرنا من قبل أن أول من تعرض لذكر الموضوع وتفصيله هم علماء الحنفية والمالكية،وأما علماء بقية المذاهب فبعضهم لم يذكروه مطلقا وبعضهم أشاروا إليه باختصار، ففي المواضع التي ذكرت فيها فقط مذهب الحنفية والمالكية أو الحنفية فقط أو المالكية فقط فمعنى ذلك أنني لم أجد عند بقية المذاهب علاقا لتلك النقطة.

٨- نظرا لأن موضوع الحكر والخلو وجد لأول مرة في القاهرة فلقد بحثهما القانون المدني المصري بحثا تفصيليا وذكر أحكامهما وجزئياتهما، وأما القانون المدني الباكستاني فلم يتعرض لكثير من أحكامهما وجزئياتهما، ففي المواضع التي لم يتعرض لها اكتفيت بالقانون المدني المصري ثم قارنته مع الفقه الإسلامي.

٩- وقد سلكت فيما تقدم طريق من يتحرى الحق فيأخذ به، دون تعصب لمذهب أو عالم معين، إذ الحق ضالة المؤمن، والحق أحق أن يتبع.

١٠- قمت بترقيم الآيات الواردة في الرسالة وعزوها إلى سورها.

١١- قمت بتخريج الأحاديث الواردة في الرسالة فإن كان في الصحيحين اكتفيت بها وإن لم يكن فيهما ذكرت درجتها من الصحة والضعف حسب ما قاله العلماء.

١٢- قمت بترجمة منا سبة لما ورد في البحث من أعلام تبين نسب العلم وتاريخ ميلاده ووفاته، وتبين حياته العلمية، وبعض كتبه.

١٣- في نهاية الرسالة وضعت خمسة فهارس وهي على النحو التالي:

أ- فهرس الآيات القرآنية

ب – فهرس الأحاديث النبوية

ج – فهرس الأعلام

د – فهرس المصادر والمراجع

هـ فهرس الموضوعات .

هذه هي الطريقة التي سلكتها في بحث الموضوع على الخطة التي رسمتها سابقا.

وإني لأرجو بها أن أكون قد حققت ما كنت أصبو إليه من مقاصد للكتابة في هذا الموضوع، وأن عملي في هذا البحث يعتريه القصور، في بعض جوانبه،ولكن حسبي في ذلك أنني بذلت جهدي، وقصدت النفع وحده، ورجوت أن يكون العمل فيه خالصا لوجه الله تعالى.

والله أسأل أن يجعلني ممن يريد بعمله النفع،لا التطاول به،وممن يخلص له فيه وحده سبحانه، لا ممن يقصد من ورائه رياء أو سمعة. والحمد لله على توفيقه وعونه.

فكرة موجزة عن القانون الوضعي المدني الباكستاني والمصري

فكرة موجزة عن القانون الوضعي الباكستاني والمصري

قبل أن أذكر القانون المدني الباكستاني والمصري أشير باختصار إلى الشرائع الوضعية بوجه عام فنقول وبالله التوفيق:

إن الشـــرائع الوضعية أو القوانين في المجتمعات البشرية البدائية، تتكون تدريجيا في صـــورة عادات وأعراف، ثم إذا ارتقت حياة الأمة ومداركها ومعارفها وأصبحت لها سلطة حاكمة وسيادة، تلجأ إلى تقنين Codification تلك العادات وتجعل منها نظامـــا آمرا في أعمال الناس ومعاملاتهم وعلائقهم، فيحل القانون محل تلك العادات وينسخ اعتبارها، فيلغي منها ما يرى غير صالح، ويثبت ما يرى صالحا، وتصبح العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه.

ثم يرتقي التشريع فيضع الأسس الحقوقية، والقواعد القانونية العامة تاركا للأعراف والعـــادات تخطيط الحدود الفاصلة للحقوق والالتزامات المتقابلة في التفاصيل الجزئية الـــتي يعســـر على الشارع استقصاؤها بالنصوص، وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء.

وهكـــذا بارتقـــاء التشـــريع ودخوله في طور تقعيد القواعد العامة يعود للعرف والعـــادات اعتبار في نطاق تقوم فيه بوظيفة المساعد للقانون، غير ميدانها الأول الذي كانت فيه هي القانون.

وأهم مراحل الرقى التشريعي هي المرحلة التي تجسد فيها الإرادات الحقوقية المسماة بالعقود، وتنظم وتحترم نتائجها، وتطلق فيها حرية التعاقد والمشارطات في كل ما لا يخـــل بالـــنظام العـــام والآداب، ومقاصد الشارع الأساسية، وفي الأمم ذات التراث التشريعي الراقي يوجد إلى جانب نصوص القوانين فقه العلماء المتشرعين (أي نظريات حقوقية وشروح) واجتهاد للقضاة في فهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها بصورة توســـع اســـتيعاب النصوص المحدودة إلى آفاق غير محدودة بمراعاة العلل التي راعاها الشارع، وتحكيم دلائل نصوصه.

فالشرع بوجه عام في أمة من الأمم ليس إلا صورة صحيحة لحياة اجتماعية واقعية، وهدفـــه العام فيها إقامة العدل وحفظ التوازن في الحقوق والالتزامات وصيانة حقوق الناس الفردية ومصالح المجتمع بقواعد قانونية، وهذه القواعد تكون وقتية غير صالحة لـــلخلود إذا كانت تعبر عن أوضاع خاصة عرفية إقليمية، وتكون صالحة للخلود إذا كانـــت تعبر عن مفاهيم وحقائق ثابتة عالمية، كقاعدة منع الضرر وإيجاب التعويض عنه، وقاعدة عدم سريان حكم العقد على غير عاقديه، وعدم تأثيره في حقوق الغير..

فالتشريع دائما في الأمة هو كالأدب فيها كلاهما يعطي صورة عن واقع اجتماعي واقتصـــادي في الأمـــة، ويعـــبر عمـــا وصلت إليه الحياة فيها من التطور والإدراك الاجتماعي، وبقدر ما فيه من قواعد ذات مفاهيم تشريعية عامة عالمية الاعتبار، وبقدر مـــا فـــيه مـــن توجيه للأمة نحو الإصلاح المستمر تكون درجة رقي ذلك الشرع، وصلاحية مبادئه للخلود.

ولـــيس اختلاف الشرائع بين الأمم إلا تعبيرا عن الاختلاف في الحياة الاجتماعية والاقتصـــادية فـــيما بينها، وفي الأهداف التي تتجه نحوها هذه الحياة، وفي المثل العليا Ideals التي تستلهمها الأمة وتستوحيها من عقيدتها، فعندما تبلغ الأمة ذروة الرقى الفكري تبلغ تلك القواعد التشريعية لديها منتهاها من الرقى والقوة وتتمتع بالخلود، فالأمـــة الرومانـــية مثلا لما كانت تعيش حياة منعزلة عن العالم منكمشة على عادات خاصة بها كانت قوانينها مجرد عادات، ثم شرعا موقتا لحياة محدودة، ولما خرجت من موطـــنها الأصلي واندفعت نحو الشرق، وحكمت عناصر أخرى، اضطرت للخروج من نطاق شرعها الضيق، فتطور وتوسع ولكنه بقي موقوتا غير صالح للخلود، إذ كان لهـــم شرعان: أحدهما يتمتع به الرومان الأصليون، والآخر الأجانب، حتى إذا بلغوا مستوى عاليا في الرقى المدني والفكري بعد القرن الثالث للميلاد، وثبتوا قدمهم الثانية في الشرق الأوسط مهد الحضارات القديمة والشرائع والأديان، بعد أن هذبتهم المبادئ الإنسانية العامة التي خلفتها تعاليم المسيح عليه السلام، بلغ عندئذ تفكيرهم التشريعي

منـــتهى رقـــية، فقام الامبراطور جوستنيان في القرن الخامس الميلادي بتقنين الشرع الروماني وتحريره من جديد، فأصبح أساسا لمعظم الشرائع الأوروبية إلى هذا اليوم[1].

ننتهي من هذه النظرية الخاطفة في القانون الوضعي بوجه عام إلى الحقيقة التالية:

إن التشريع بوجه عام له ثلاث وظائف كبرى في الأمة:العلاج، والوقاية، والتوجيه:

- فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة.
- وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة.
- وهـــو توجـــيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصـــالح مستواه الأكمل، كما يبلغ صاعد الجبل ذروته تدريجيا إذا استمر في اتجاهـــه إليها، ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث في التشريع يجب أن يكون إلزامـــيا، Obligatoire وإلا كان من قبيل المواعظ والإرشادات الأخلاقية، ثم لكـــي تضـــمن له الطاعة في العمل والتطبيق يحتاج الشرع الأصلي إلى نوع إضـــافي مـــن الأحكام التشريعية يسمى: المؤيّدات Sanctions وهي: إما زواجـــر مدنـــية جزائية كبطلان العقود المخالفة للنظام، وإما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلف إلى التزام حدود الطاعة.

على أنه إذا كان الشرع يفترق عن المبادئ الأخلاقية من ناحية القوة الإلزامية، فإنه دائمـــا يفتقر في التطبيق إلى الأخلاق التي يفترق عنها في المفهوم، ذلك لأن باب الاحتيال على القانون لا يمكن سده في وجه الأذكياء من الناس الذين يقف القانون حـــائلا دون منافعهم ومطامعهم غير المشروعة إلا إذا توافرت الأخلاق الفاضلة لديهم، حتى يصبح أحكام القانون محترمة مقدسة في نفوسهم، فلا يستبيحوا هضم حقـــوق الغير أو حقوق الدولة ولو استطاعوا أن ينفذوا إلى مطامعهم من مداخل بعيدة عن رقابة القضاء، آمنة من طائلته وسلطانه.

---

[1] انظر الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للدكتور مصطفى الزرقاء ١/ ٢٥-٢٦

ضوء على الشرائع الإلهية

إلى جانب الشرائع الوضعية توجد الشرائع الإلهية عن طريق الرسل الذين يحملون وحي الله تعالى إلى البشر هادين مصلحين مقومين لخط السير الإنساني المنحرف.

وهذه الشرائع الإلهية ثلاثة أنواع:

- نوع يأتي للتقويم الأخلاق وتصفية النفوس ودعم الفضيلة ولا يتضمن نظاما قانونيا على غرار الشرائع الوضعية، وذلك كالمسيحية.
- ونوع يتضمن نظاما قانونيا خاصا ببيئة أو قوم كالشريعة اليهودية التي جاء بها سيدنا موسى عليه السلام لبني إسرائيل، وتضمنت نظاما قانونيا وأحكاما عملية قضائية تتناسب مع الظرف الزماني والمكاني الذي كانوا فيه.
- نوع يتضمن نظاما قانونيا مؤسسا على أساس الشمول والصلوح لجميع البيئات والظروف لأنه يشتمل على المبادئ الثابتة، وعلى التدابير الموقوتة والأحكام الاستثنائية لأحوال الضرورات، وعلى الأحكام المربوطة بالأعراف والظروف الخاصة وتتبدل وتتطور بحسب تبدل تلك الأعراف وتطور الظروف مع المحافظة على الفكرة الأساسية فيها وهي العدل والانصاف.

وهذه هي الشريعة الإسلامية التي جاءت بعد سوابقها دعوة للبشر كافة حينما وصل التطور والاستعداد الفكري عند البشر إلى درجة كافية لتلقي مثل هذه الأحكام النهائية في صورة مبادئ وقواعد كلية ثابتة، وتركت إلى جانب تلك المبادئ والكليات مجالا واسعا للاجتهاد في التفصيل، ونصيبا كبيرا للعقل في التطبيق، وقرنت الأحكام بعللها وأسبابها كي يفهمها المكلفون ويتمكنوا من القياس عليها بعقولهم، وفقا لمقاصد الشريعة في العدل والإحسان، وجلب المصالح ودرء المفاسد.

وبعد هذه ا لمقدمة حول التشريعات نذكر القانون المدني الباكستاني ونقول:

قد كانت الشريعة الإسلامية هي قانون الدولة العام في الهند، حتى بعد أن قام فيها الحكـــم الإنجلــيزي، فكانت يد السارق مثلا تقطع فيها إلى سنة ١٧٩١م، وعندما احتلت بريطانيا الهند قلصت من هيمنة الشريعة، فجعلتها في البداية خاصة بالمسلمين ففي سنة ١٧٧٢ سنت السلطة البريطانية قانونا ينص على أن الشريعة القرآنية يعمل بهـــا في جمـــيع قضايا الإرث والزواج وغيرها من العادات والمسائل الطائفية المتعلقة بالمسلمين.

وفي منتصـــف القـــرن التاســـع عشر أخذت السلطة البريطانية في إصدار القوانين والتشريعات ففي عام ١٨٣٤م أصدرت قانونا بإلغاء الرق، وفي سنة ١٨٦٢م ابتدئ بتنفـــيذ قانون الجزاء، وقانون أصول المحكمات الجزائية، وفي عام ١٨٧٢م أصدرت قانون البينات الهندي، وفي عام ١٩١٣م قانون الأوقاف.

وفي عـــام ١٩٤٧م تأسست باكستان كدولة مستقلة، وقد ارتبطت في اليوم التالي لقيامها برابطة الكومنولث البريطانية، وفي عام ١٩٤٩م أعلنت الجمعية التأسيسية بيانا وضـــحت فـــيه أهـــداف الدســـتور، ومن بين المبادئ الواردة في هذا البيان مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة والتسامح والعدالة الاجتماعية وفاقا لتعاليم الإسلام.

وقـــد تحولت باكستان إلى جمهورية بدستور سنة ١٩٥٦م ولكن الدستور علق في سنة ١٩٥٨ على أثر انقلاب عسكري[1].

وقال أبو الأعلى المودودي في هذا المورد:

" إن أول قطـــر بدأ فيه إلغاء الشريعة الإسلامية هو الهند، وبيان ذلك أن الشريعة الإســـلامية هـــي التي كانت قانون الدولة العام في الهند حتى بعد أن قام فيها الحكم الإنكلـــيزي، فكانـــت يد السارق مثلا تقطع فيها إلى سنة ١٧٩١م، ولكن الإنكليز أخذوا بعد ذلك يلغون القانون الإسلامي آنا بعد آن ويستبدلون به القوانين الوضعية، حتى تم إلغاؤه في أواسط القرن التاسع عشر، ولم يبق منه تحت النفاذ إلا ما كان يتعلق

---

[1] فلسفة التشريع لصبحي محمصاني ص ٩٧ –١٠١طبع دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة١٣٨٠ﻫ ١٩٦١م.

بمسائل النكاح والطلاق وغيرهما على اعتباره قانون المسلمين لأحوالهم الشخصية، ثم علـــى مـــنوال الحكومـــة الإنكليزية في الهند، نسجت لأقطار التي كانت حكومات المسلمين أنفسهم قائمة فيها، فصاغت جميع ولايات الهند المسلمة قوانينها العامة شيئا فشـــيئا حســـب قالب القانون الجاري في الهند البريطانية وضيقت نطاق الشريعة إلى قانون المسلمين لأحوالهم الشخصية.

والحكومة المصرية غيرت نظامها القانوني حسب القانون الفرنسي سنة ١٨٨٤م ولم تترك في حوزة المحاكم الشرعية واختصاصاتها إلا الفصل في مسائل المسلمين الشخصية كالـــنكاح والطـــلاق والإرث وما يدخل في هذا الباب، أما ألبانيا وتركية فما كانتا لتقنعا بهذا القدر من إلغاء الشريعة فأعلنتا في القرن العشرين بكل جراءة أنهما دولتان لا دينيتان، فغيرتا قوانينهما حسب قوانين إيطاليا وسويسرا وفرنسا وأدخلتا حتى على قانون المسلمين للأحوال الشخصية تعديلات سافرة لم تكن قد تجرأت على مثلها ولا أي حكومـــة غير مسلمة في العالم، فقرر تعدد الزوجات أمر غير مشروع في ألبانيا، وحرفت أحكام القرآن الواضحة القطعية المتعلقة بالنكاح والطلاق والإرث في تركيا، فما بقيت للمسلمين اليوم دولة في العالم ترى فيها الشريعة الإسلامية على أنها قانون الدولة العام إلا مملكتان هما: أفغانستان والمملكة العربية السعودية، وإن كانت الشريعة فيهما بغير روح في واقع الأمر"[١].

والخلاصـــة أن القـــانون الباكستاني تصل جذوره إلى القانون البريطاني الذي نفذه الإنجلـــيز في عصر الاستعمار، فقام الإنجليز أولا بتغيير قانون الضرائب والعشر، وبعد عدة سنوات وتوسع الاحتلال فحدثت التغييرات في جميع المجالات، فغيرت القانون المدني ثم غيرت القانون الجنائي تماما، وذلك في أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر الميلادي، وبعد أن حررت باكستان في عام ١٩٤٧م كان القانون السائد

---

١ القانون الإسلامي وطرق تنفيذه لأبي الأعلى المودودي ص ٩ سنة الطبع١٣٩٥ه ١٩٥٧م مؤسسة الرسالة

هـــو القانون البريطاني، وبدأت الحركة لتغيير القانون الإنجليزي إلى القانون الإسلامي ولا تـــزال الحركة مستمرة ولكن مع الأسف الشديد لم تنجح حتى الآن وخير مثال على ذلك هو إنكار الحكومة عن تنفيذ حكم المحكمة الشرعية المتعلق بتحريم الربا.

ونشـــير باختصار إلى الدستور الباكستاني ومجلس القضاء أو المحكمة فنقول وبالله التوفيق:

إن مجلـــس الشورى البرلمان مخول بتعديل غير أنه ينبغي موافقة ثلثي أعضاء البرلمان عـــلى التعديلات وإذا أراد مجلس الشيوخ أن يضع مسودة لتعديل بنود الدستور فإنه ينـــبغي أن يوافق عليها ثلثي الأعضاء ثم ترسل للمجلس الآخر لموافقة مماثلة وفي حالة موافقـــة المجلـــس الآخر على تعديل الدستور دون تغييرات في مسودة قانون التعديل يرسل القانون إلى رئيس الجمهورية للحصول على موافقته على تعديل بنود الدستور.

ولكن في حالة موافقة المجلس الآخر على القانون مع إدخال تعديلات فيه فإنه يجب أن يرســـل أولا إلى المجلـــس الأول الـــذي قـــام بالأســـاس بوضع مسودة تعديل الدستور(حسب البند ٢٣٩ من الدستور)

ومن أجل إزالة أية شكوك حول موضوع تعديل بنود الدستور وضعت فقرة تنص على أن مجلس الشورى (البرلمان) مفوض بتعديل أية فقرة من فقرات الدستور (الفقرة رقم ٦ من البند رقم ٢٣٩).

إن الجزء التاسع من الدستور الباكستاني يتعلق بالقوانين الإسلامية، إذ تنص الفقرة رقـــم ٢٢٧ من الدستور على ضرورة تحويل القوانين الوضعية إلى قوانين تتمشى مع أحكام الشريعة الإسلامية وحسبما ذكرت في القرآن والسنة النبوية الشريفة.

وعـــرف الدستور (القرآن والسنة) بأنها تعني (القرآن والسنة حسبما تفسرها كل مدرســـة فكـــرية في الإســـلام) وهكـــذا فإن الدستور ضمن حماية قوانين الأحوال الشخصية لكل مدرسة فكرية في الإسلام.

كمـــا نص الدستور الباكستاني على حماية قوانين الأحوال الشخصية للأقليات غير الإســـلامية وإن قوانيـــنهم وصفتهم كمواطنين باكستانيين لن تتأثر بتطبيق القوانين الإسلامية (حسب الفقرة رقم ٣ من البند رقم ٢٢٧).

ومن أجل رفع توصيات للحكومة لتحويل القوانين الوضعية الحالية وإلحاق قوانين تتمشـــى مـــع أحكام الشريعة، ينص الدستور الباكستاني على تشكيل مجلس الفكر الإســـلامي على أن يكون عدد الأعضاء ليس أقل من ٨ أعضاء وليس أكثر من ٢٠ عضـــوا، وينبغي على رئيس الجمهورية أن يعين أعضاء المجلس لفترة لا تزيد على ٣ سنوات، وينبغي على رئيس الجمهورية أن يعين أعضاء المجلس من بين صفوف علماء الديـــن المنـــتمين لمخـــتلف المدارس الفكرية في الإسلام ومن بين قضاة المحاكم العليا والعالـــية، أمـــا دور المجلس فهو دور استشاري كما بوسعه رفع توصيات إلى رئيس الجمهوريـــة، ورئيس الوزراء المركزي ورؤساء الوزراء الإقليمي وحكام الأقاليم فيما يتعلق بالقضايا الإسلامية.

ويـــنص البـــند رقم ٢ من الدستور على أن الإسلام هو الدين الرسمي للباكستان، وكفل الدستوركافة الحقوق الأساسية للمواطنين حسب المبادئ الإسلامية.

وكفل التعديل الثامن للدستور شرعية كافة القوانين التي أصدرها الحاكم العسكري العام بشأن تنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية بالبلاد.

القضاء:

يـــنص الدســـتور على استقلال القضاء فلكل إقليم محكمته العليا وتوجد محكمة الاستئناف العليا على المستوى الاتحادي حيث أن قرارها يعتبر ملزما لكافة المحاكم في الباكستان (حسب البند رقم ١٨٩ من الدستور).

وتقـــوم المحاكم بحماية الحقوق الإنسانية الأساسية الممنوحة للمواطنين الباكستانيين بموجب أحكام الدستور.

ومن أجل تطبيق القوانين الإسلامية بصورة فعالة أسست محكمة الشريعة الاتحادية ومحكمة الشريعة الاستئنافية في محكمة الاستئناف الباكستانية العليا من أجل دراسة أية قضية تبت بها المحاكم بموجب القوانين الإسلامية الخاصة بتطبيق قوانين الحدود، كما أن المحكمة ومحكمة الاستئناف تدرس كل قانون وضعي لتقرر فيما إذا كان يتمشى مع أحكام الشريعة الإسلامية أو لا (حسب الفقرة "١" من البند رقم ٢٠٣ د) ويعين رئيس الجمهورية رئيس قضاة وقضاة المحكمة المذكورة.

وأدخلت الحكومة التعديل التاسع في الدستور جاء فيه أن تعاليم الإسلام حسبما ذكرت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تعتبر أعلى قانون في البلاد ومصدرا توجيهيا لكافة القوانين التشريعية.

تحويل القوانين الوضعية إلى القوانين الإسلامية:

على الرغم من أن الدستور ١٩٣٧م والدساتير من قبله كلها تنص على تحويل القوانين الوضعية في الباكستان إلى قوانين تتمشى مع قانون الشريعة وعلى الرغم من أن مجلس الفكر الإسلامي قد عين لأجل ذلك الغرض إلا أنه لسوء الحظ لم تتخذ أية خطوة تستحق الذكر في ذلك الاتجاه حتى بدأ الجنرال محمد ضياء الحق بسياسته الإسلامية وأولاها عنايته الفائقة، وقد أعيد تشكيل مجلس الفكر الإسلامي الذي أصدر قوانين الحدود الإسلامية الخاصة بتعاطي الخمور والسرقة الزنا والقذف وقد طبق الحاكم العسكري العام الجنرال محمد ضياء الحق هذه القوانين بموجب حكم عسكري أصدره في فبراير ١٩٧٩م.

محكمة الشريعة الاتحادية:

وبعد تطبيق قانون الحدود أسست فروع لمحكمة الشريعة في كل محكمة عليا للنظر في استئناف قضايا الحدود الصادرة عن المحاكم الأولية، ووجد فيما بعد أن المحاكم العليا لا تستطيع حسم تلك القضايا نظرا لازدحام القضايا فيها لذلك أسست محكمة

الشـــريعة الاتحاديـــة في ٢٦ مايو ١٩٨٠م وتضم المحكمة خمسة قضاة ورئيس قضاة، ودرجة كل قاضي فيها هي بدرجة قاضي محكمة الاستئناف العليا.

القانون المدني المصري:

مـــنذ الفـــتح الإسلامي إلى عهد محمد علي كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون المصري بوجه عام، حيث كانت تطبق على جميع الأشخاص وفي كل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، واستثنى من تطبيقها غير المســـلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية.

ومنذ عهد محمد علي إلى عهد إسماعيل بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر، حيث وضـــعت بعـــض تشريعات مستمدة من هذا القانون، فبدئ بقانون التجارة وبعض قواعـــد القانون الجنائي، وترتب ذلك أن أخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل بقدر ما يصدر من هذه التشريعات.

ولمـــا أنشئت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥، ثم المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ صـــدرت التقنينات المختلفة، وهي التقنين المدني والتقنين التجاري، والتقنين البحري، وتقنين المرافعات، وتقنين العقوبات، وتقنين تحقيق الجنايات، وقد نقلت هذه التقنينات عـــن القانون الفرنسي باقتضاب، فيما عدا بعض أحكام قليلة استمدت من الشريعة الإســـلامية كالشفعة والبيع في مرض الموت والغبن وبعض مسائل في البيع والإيجار، واعتبر صدور هذه التقنينات ناسخا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما تم تقنينه، فلم تعد الشـــريعة مصـــدرا رسمـــيا للقانون في هذا النطاق، وصارت مصدرا تاريخيا للقواعد التشريعية التي استمدت منها.

وقـــد أغفلـــت هذه التقنينات التعرض لنوعين من المسائل: النوع الأول: مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام، والنوع الثاني: المسائل المتعلقة بالوقف والهبة والحكر، وهذه تدخل في نطاق المعاملات المالية، وبذلك أصبح دور الشريعة الإسلامية قاصرا على كونها مصدرا رسميا في هذه المسائل التي أغفلتها التقنينات، واستثني من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بأحوال الشخصية كما كان مقررا من قبل، فهم يخضعون في هذا الخصوص لشرائعهم الدينية.

وقـــد تضـــمن التقنين الحالي تنظيما للهبة والحكر باعتبارهما من مسائل المعاملات المالـــية، بذلك أصبحت المسائل التي أغفلتها التقنينات قاصرة على الوقف، ومسائل الأحوال الشخصية[1].

والمقصود من الوقف ومسائله "المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت"[2].

وقـــد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنينات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنســـبة إلى المسلمين وغير المسلمين، وظلت كذلك بعد صدور هذه التقنينات، لأن نظام الوقف نشأ في الفقه الإسلامي، كما أنه لا يتصل بالعقيدة الدينية.

ثم أصـــدر الشارع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف، وقد استمدت قواعـــد هـــذا القانون من الشريعة الإسلامية، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا لتلك القواعد التشريعية، ولكنها بقيت مع هذا مصدرا رسميا احتياطيا، يرجع إليه في المسائل التي لم يتناولها التشريع، فقد جاء في المذكرة التفسيرية: "أن هذا القانون ليس

---

[1] أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والمحامي أمام محكمة النقض ومجلس الدولة ص ١١٣-١١٤ مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر

[2] المادة ١٦ /١ من قانون نظام القضاء

شـــاملا لكـــل أحكام الوقف، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة".[1]

بعـــد صدور التقنينات المصرية الأولى بقي الدين مصدرا رسميا للقانون المصري في مسائل الوقف والأحوال الشخصية.

ثم صـــدرت عـــدة تشريعات تناولت فريقا من هذه المسائل، منها ما هو موحد بالنسبة إلى المصريين جميعا،ومنها ما هو غير موحد، فترتب على ذلك أن ضاق نطاق الدين كمصدر رسمي بقدر ما وضع من قواعد تشريعية.

وقـــد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في كل مالم يتناوله التشريع بالتنظيم، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين، أما الشرائع الدينية غـــير الإسلامية فاختصاصها استثنائي مقيد، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضـــوع، فهـــذه الشرائع لا تطبق إلا على غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملـــة، كمـــا أنهـــا لا تطبق في هذا النطاق على وجه الإلزام إلا في المسائل المتعلقة بالأسرة، أما في مسائل الميراث والوصية فإن تطبيقها يكون رهينا باتفاق الخصوم على الاحتكام إليها.

وقـــد كانـــت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين، فكانت تختص بالنظر في مســـائل الوقـــف، ومسائل الأحوال الشخصية التي لم يتم توحيد قواعدها، وكانت المجالس الملية تختص بالنظر في هذه المسائل الأخيرة بالنسبة إلى غير المسلمين بالشروط والقـــيود الـــتي تقدم ذكرها، ثم ألغي الشارع المحاكم الشرعية والمجالس الملية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

و لم يترتـــب على هذا الإلغاء تغيير في الوضع السابق من حيث المصادر التي يرجع إليها في مسائل الأحوال الشخصية، إذ أن المحاكم العادية التي آل إليها الاختصاص في

[1] المصدر نفسه ص ١١٤– ١١٥

مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا ما زالت تقضي في هذه المسائل بمقتضى الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى تبعا لديانة الخصوم في الحدود التي رأيناها، فقد نصت المادة السادسة من قانون الإلغاء المشار إليه على أن "تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة [١].

ومن ثم يكون المقصود بكون الدين مصدرا رسميا للقانون المصري أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة التي يرجع إليها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة في كل مالم يتناوله التشريع بالتنظيم من مسائل الوقف والأحوال الشخصية، وأن الشرائع الدينية الأخرى لها اختصاص استثنائي مقيد حيث يرجع إليها في الحدود التي تقدم ذكرها[٢]

القانون المدني المنفذ في عام ١٩٤٩م

قال الدكتور السنهوري "لقد بين رجال القانون شيئا من عيوب قانون ١٨٧٦ وقانون ١٨٨٣م فجاء بقانون جديد وقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنينات الحديثة في طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفني والصياغة التشريعية.

وقد رتبت هذه التقنينات الحديثة فانتظمتها أقسام ثلاثة: القسم الأول التقنينات اللاتينية قديمها وحديثها، فالقديم يأتي على رأسه التقنين الفرنسي، ومعه التقنين الإيطالي القديم، والتقنين الأسباني، والتقنين البرتغالي، والتقنين الهولندي، والحديث

---

[١] تنص هذه المادة على أن "تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد".

[٢] أصول القانون ص ١٢٠-١٢١

يشتمل على التقنين التونسي والمراكشي، والتقنين اللبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي، والتقـــنين الإيطالي الجديد، والقسم الثاني التقنينات الجرمانية، وأهمها التقنين الألماني، والتقنين السويسري، والتقنين النمساوي، والقسم الثالث تقنينات متخيرة استقت من كلـــتا المدرســـتين اللاتينية والجرمانية، وأهم هذه التقنينات التقنين البولوني، والتقنين البرازيلي، والتقنين الصيني، والتقنين الياباني.

ولكل من هذه التقنينات مزايا وعيوب وقد توخي التقنين الجديد أن ينتفع بمزاياها وأن يـــتوقى عـــيوبها، وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهـــنا، وأكـــثر ما رجع إليه التقنين الجديد، من هذه التقنينات، خمسة: المشروع الفرنســـي الإيطالي، والتقنين الإيطالي الجديد، والتقنين السويسري، والتقنين الألماني، والتقنين البولوني، فالتقنين الجديد وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساسا له إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضا إلى التقنينات الجرمانية[1]".

وقـــد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية، ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب، أما النواحي الموضوعية فأهمهـــا بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار، وبعض المسائل التفصيلية التي أخذت عن التقنينات الحديثة كمسئولية عـــديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وبـــإدارة الملكـــية في الشيوع وبملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات، وجارى التقنين الجديـــد فوق ذلك، كما تقدم، التقنينات الجرمانية والفقه الإسلامي في إيثار المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل.

وأمـــا نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص، وهم في سبيل الانتفاع من التقنينات الحديثة في الصـــياغة والأســـلوب، عـــلى أن يحققوا أمرين: أولهما أن تكون العبارات التي

---

[1] انظر الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١/ ٥٠-٥١

استعيرت من التقنينات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي في أمانة ووضوح، المعاني التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصري وعن نصوص التقنين القديم، والأمر الثاني أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنينات الحديثة تجنبوا أن يقع أي تنافر فيما بين أجزاء التقنين، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها في بوتقة واحدة، وأن ينتظم حياتها جميعا عقد واحد.

والذي يهم الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنينات الأجنبية يجب أن تفصل فصلا تاما عن مصادرها الأجنبية، فلا يرجع إلى هذه المصادر في تطبيقها وتفسيرها.

هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته، فأصبح لها من الكمال الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها، وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدي ومن نصوص تشريعية قديمة، هذه هي المصادر الأولى التي يجب أن يرجع إليها في التفسير، وقد ألححنا في التنبيه على ذلك عندما تكلمنا في القضاء المصري كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدني، أما التقنينات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة، كالموازنة بين الشرائع المختلفة، وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانوني معين.

هذا المبدأ الجوهري الذي تقرر يفرض نفسه على كل باحث في التقنين الجديد للأسباب الآتية:

١- أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة إن هي في الواقع من الأمر، إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصري، أو إصلاح لعيوب في نصوص التقنين القديم، ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنينات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أي تغيير في الأحكام التي

تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصري، وقد تكون الإشارة إلى ذلك.

٢- أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم، لم تنقل هذه الموضوعات على علاتها من مصادرها الأجنبية، بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلهاإلى التقنين الجديد، وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص فهي أقرب إلى أن تكون جزءا أصيلا متماسكا من أجزاء هذا التقنين، تسري فيه روحه، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام.

٣- أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنينات هي محاولة مقضي عليها بالفشل، فإن هذه التقنينات كثيرة متنوعة، ولكل تقنين نهجه وشرعته، وله فقهه وقضاؤه، وكثيرا ما يقع بينها التعارض والتنافر، فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين متماسك الأجزاء متسق النواحي، إلى مصادر متضاربة متناقضة[1].

٤- أن هذا الذي نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتي، لتعيش في البيئة التي تطبق فيها، ولتتوثق صلتها بما يحيط بها من ملابسات، ولتتطور تبعا لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة، هو ما يقول به سالي وغيره من أقطاب القانون[2]،وهذه هي خير مدرسة نعرفها في تفسير النصوص التشريعية.

---

[1] المصدر نفسه ١/ ٥٣ -٥٤

[2] انظر المقدمة التي وضعها الأستاذ سالي يقدم بها كتاب الأستاذ جي المعروف في "طرق تفسير القانون الخاص" نقلا عن الوسيط

٥- أن هـــذا الذي نقرره هو أيضا ما قصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد، نتبين ذلك في وضوح تام من الأعمال التحضيرية، ونراه مذكور في مبادئ التفســير الــتي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ، ونلقاه مرددا في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب، وفي تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ.

أما مبادئ التفسير التي أدلى بها مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتي: "أولا" أن الغالبــية العظمــى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المــبادئ الــتي أقــرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية، ومطابقة للقواعد القانونــية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عــند تفسير هذا القانون، وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدهــا. "ثانــيا" أن الأحكــام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفســيرها إلى أحكام هذه الشريعة، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع مــن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك.

"ثالــثا" أمــا الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مســتقلة " المؤسســات، حوالة الدين، ملكية الأسرة، اتحاد الملاك، الإعسار المدني، تصفية التركات" فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية، متفقة مع العــرف والعادات، متناسقة مع سائر أحكام المشروع، وبذلك تكون قد انعزلت من مصــادرها وأصــبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال[١].

هــذه خلاصة ما ذكرت حول القانون المدني الباكستاني والمصري وذلك لكي يكون القارئ على بصيرة من هذين القانونين لأنني أقارنهما في بحثي مع الفقه الإسلامي.

---

١ انظر الوسيط ١/ ٥٤- ٥٥

التمهيد:

وفيه

تعريف الحق وبيان ماهية حق الاستقرار، ومدى اهتمام الفقه والقانون به.

بسم الله الرحمن الرحيم

التمهيد

تعريف الحق وبيان ماهية حق الاستقرار، واهتمام الفقه والقانون به.

قبل أن أدخل إلى موضوعي أريد أن أشير بإيجاز إلى معنى الحق فأقول وبالله التوفيق:

الحق في اللغة خلاف الباطل، وهو مصدر حق الشئي يحق إذا ثبت ووجب ومنه قوله تعالى: " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون"[1]، وقوله تعالى: " ليحق الحق ويبطل الباطل"[2] أي يثبت ويظهر، وقوله تعالى: " جاء الحق وزهق الباطل"[3] أي الأمر الموجود الثابت.

وجاء في القاموس أن الحق يطلق على المال والملك والموجود الثابت.

ومعنى حق الأمر وجب ووقع بلا شك.[4]

وعرفه الجرجاني[5]: بأنه الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[6].

والحق اسم من أسماء الله تعالى، وقيل من صفاته.

ومن معاني الحق في اللغة، النصيب، والواجب، واليقين، وحقوق العقار مرافقة[7]

---

[1] سورة يس الآية ٧

[2] سورة الأنفال الآية ٨

[3] سورة الإسراء الآية ٨١

[4] ينظر القاموس المحيط لفيروز ابادي: مادة "حق" ١/ ٣٢١ دار ا لفكر بيروت لبنان.

[5] هو علي بن محمد بن علي الجرجاني، الحسيني الحنفي ويعرف بالسيد الشريف "أبو الحسين" عالم حكيم مشارك في أنواع من العلوم ولد بجرجان وتوفي بشيراز ومن تصانيفه حاشيته على شرح التنقيح للتفتازاني في الأصول، شرح التذكرة النصيرية في الهيئة، حاشية على تفسير البيضاوي ولد سنة ٧٤٠هـ وتوفي ٨١٦هـ ينظر معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة: ١٦١/٧ الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت.

[6] التعريفات ص ٤٠ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية سنة ١٣٠٦ هـ

[7] ينظر لسان العرب مادة لابن منظور: "حقق" ٤٩/١٠ دار صادر بيروت

تـبين من هذا أن الحق يطلق في اللغة على الثبوت والواجب والظهور والموجود واليقين والنصـيب وغيرهـا فللحق إذا معاني عديدة والذي يخصنا ويتعلق بموضوعنا هو أن يكون بمعنى الثبوت والواجب لأن القرار بمعنى ثبت ووجب فحق الاستقرار أي أن الحق قد ثبت ووجب واستقر.

والحق في الاصطلاح يأتي لمعان كثيرة منها:

الأول: هو الحكم المطابق للواقع، ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب.

الثاني: بمعنى الواجب الثابت: وهو قسمان: حق الله وحق العباد.

فأما حق الله فقد عرفه التفتازاني[1]: بأنه ما يتعلق به ا لنفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فنسب إلى الله تعالى، لعظم خطره، وشمول نفعه. [2]

وقال ابن القيم[3]: حق الله ما لا مدخل للصلح فيه، كالحدود والكفارات وغيرها[4].

وأما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له، كحرمة ماله[5].

---

[1] هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، الملقب بسعد الدين، العلامة الأصولي المفسر المتكلم المحدث البلاغي الأديـب، ولـد بتفتازان (من بلاد خراسان) سنة ٧١٢هـ وقيل غير ذلك، و إلى (تفتازان) نسب، أخذ عن القطب والعضد، ونشأ فحلا في العلوم متبحرا فيها، وقدرحل إلى (سرخس) وأقام بها، حتى أبعده تيمور لنك إلى سمرقند، فأقبل عليه الطلاب والعلماء يستفيدون من علمه، واختلف في مذهبه الفقهي، فقيل: إنه حنفي. وقيل إنه شـافعي. وله مصنفات في علوم شتى، منها: التلويح في كشف حقائق التنقيح في الأصول، وحاشية على شرح العضـد على مختصر ابن حاجب في الأصول، وشرح على العقائد النسفية في التوحيد. توفي بسمرقند سنة ٧٩١ هـ ودفن بها، وقيل في وفاته غير هذا التاريخ. (بغية الوعاة ص ٣٩١، الفوائد البهية ص ١٣٤- ١٣٧، التاج المكلل ص ٤٧١- ٤٧٢، الأعلام ٨/١١٣- ١١٤، الفتح المبين ٢/ ٢٠٦ وانظر في ترجمته أيضا ابن نجيم: فتح الغفار شرح المنار ص ٦)

[2] ينظر شرح المنار وحواشيه لابن ملك ص: ٨٨٦ المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥هـ .

[3] هو شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي ابن قيم الجوزية، الفقيه الأصولي، المفسر النحوي ولد سنة ٦٩١ هـ ولازم الشيخ تقي الدين ابن تيمية فأخذ عنه، وتفنن في كافة علوم الإسلام توفي بدمشق سنة ٧٥١ هـ (الذيل على طبقات الحنابلة ٢/١٩٧ – الأعلام ٦/٢٨٠.)

[4] أعلام الموقعين ١/ ١٠٨ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

[5] ينظر تيسير التحرير لأمير بادشاه: ١٧٤ – ١٨١دار الكتب العلمية بيروت.

وقال ابن القيم: وأما حقوق العباد: فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضةعليها.[1]

وقال الشيخ علي الخفيف: الحق، هو مصلحة مستحقة شرعا[2]

وعـرفه الشـيخ عيسـوي أحمد عيسوي قائلا: " مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها المشرع الحكيم"[3].

وعرفه الدكتور محمد الحسيني حنفي بقوله: " مصلحة يقرها الشرع لشخص على سبيل الاختصاص، ويقرر لها الحماية"[4].

فهؤلاء الذين عرفوا الحق بالمصلحة نظروا إليه من زاوية مصادره وعناصره، فذكروا أن مـن عناصر الحق الحماية أيا كان مصدرها، وإن الإنسان لا يحمي شيئا إلا إذا كان له فيه مصـلحة، وإن علماء الأصول ذكروا في بيان المحكوم به الذي هو الحقوق بمختلف أنواعها أنه فعل الإنسان الذي يتعلق به خطاب الشارع، أي ما يطلب من الإنسان القيام به من الله سبحانه وتعالى، وذلك لمصلحة الفرد، أو المجتمع، أو كليهما معا، وعلى هذا الأساس عرفوا الحق بأنه مصلحة[5].

وبين بعضهم أن المصلحة هي المنفعة ذاتها، وأن الحق يتناول المنافع، لأنها مصالح مستحقة شرعا لمستحقها وهو مالكها[6]

وانتقد هذا التعريف بأنه عرف الحق بغايته، فالحق بذاته ليس مصلحة، بل هو وسيلة إلى مصلحة، وإن المصلحة ليست في الحقيقة سوى متعلق للحق، أي محل له، وليس هو إياها، وإنما هو صلة، أو علاقة اختصاصية بين الشخص والمصلحة[7].

---

[1] أعلام الموقعين: ١/ ١٠٨ وينظر النسفي: شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦.

[2] مذكرات الحق والذمة ص ٣٦

[3] المدخل للفقه الإسلامي للشيخ عيسوي أحمد عيسوي ص ٣٠٤ -٣٠٥

[4] المدخل لدارسة الفقه للدكتور محمد الحسيني حنفي ص ٣٠٦.

[5] الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢١١، والفقه الإسلامي للشيخ عيسوي ص ٣٠٥.

[6] بحث المنافع للشيخ علي الخفيف بمجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة العشرون ص ٩٨.

[7] المدخل الفقهي العام مدخل لنظرية الالتزام للزرقا ٣/ ١٣، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور الدريني ص ١٨٩- ١٩٠.

وانتقد هذا التعريف أيضا بأن فيه دورا، وهو أن يؤخذ في التعريف الشيئ المراد تعريفه، أو بعض مشتقاته[1]

وتعــريف الحـــق بأنه مصلحة تعريف ذكره رجال القانون الوضعي، ولعله تسرب إلى الفقهاء المعاصرين وتأثروا به

تعريف الحق بأنه اختصاص:

عرف الدكتور مصطفى الزرقاء: الحق: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا.[2]

وعرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه: "اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيئ أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة"[3].

وعرفه الدكتور عبد السلام العبادي بقوله: " اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة، أو تكليفا لله على عباده، أو لشخص على غيره"[4].

وهـــؤلاء الذين عرفوا الحق بأنه اختصاص، ذكروا أنه لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصـــاص، الذي هو قوامها، وحقيقتها، وأن الاختصاص هو الانفراد والاستئثار، وهو علاقـــة تقوم بين المختص والمختص به، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعـــالى، وهـــذه حقوق الله تعالى، وقد يكون شخصا حقيقيا، وهو الإنسان، أو معنويا، كالدولة، والوقف، وبيت المال، والمؤسسات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية[5].

وبين الأستاذ الزرقا أن العلاقة بين المختص والمختص به لكي تكون حقا يجب أن تختص بشـــخص معين، إذا لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة من غـــيره، وبذلـــك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، وإنما هي من قبيل الإباحات العامة،

---

[1] المصادر نفسها.

[2] المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه ٢/ ١٠، مطبعة طربين – دمشق سنة ١٣٨٤هـــ ١٩٦٥م.

[3] الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدريني ص ١٩٣.

[4] الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي ص ١٠٣.

[5] المدخل الفقهي العام للزرقا – نظرية الالتزام ٣/ ١١، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدريني ص ١٩٣- ١٩٤.

كالاصطياد، والاحتطاب من البراري والتنقل في أجزاء الوطن، فلا تعتبر حقا بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة، ولكن إذا منح إنسان امتيازا باستثمار شيئ من هذه المباحات، فانحصرت به يصبح ذلك حقاله، ثم ذكر الأستاذ الزرقا اشتراط إقرار الشارع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة، أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار، فما اعتبره الشرع حقا فهو حق ومالا فلا، وبعد أن بين أن السلطة نوعان: سلطة على شخص كحق الولاية على النفس، وسلطة على شيئ معين، كحق الملكية، قال: إن الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الأعيان المملوكة، لأنها مادية، وليست اختصاصا فيه سلطة، أو تكليف، ويؤيد ذلك أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية يذكروها في مقابلة الأموال، ويقولون إن الحق ليس بمال[1]

وتعريف الحق بأنه اختصاص تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، كما أنه يشمل كل الحقوق الشرعية التي يقرها الشرع للشخص بما فيها حقوق الأسرة وحقوق المجتمع وغيرها، وقد يعاب عليه أنه لا يشمل الحقوق الناتجه من المباحات العامة، والشرع يسميها حقوقا، وإن كانت مشتركة بين كل الناس، والاختصاص يشمل هنا ما يختص به الفرد من مباح معين ثبت له فيه الحق العام، فمتى اختص به صار أحق به من غيره، ولهذا يمنع غيره من مزاحمته فيه، وكذا الحال بالنسبة لغيره، وبهذا لا يمكن أن يوصف هذا التعريف بأنه غير سديد، ولا يمكن أن يعاب عليه، لأن الاختصاص يقع على منفعة معينة اختص بها، واستأثر بها فرد من الأفراد الذين لهم الحق بالانتفاع بهذا المباح العام الذي يتصور الاختصاص فيه، وأضف إلى ذلك أن المباحات العامة سبب لثبوت الحق في المباح.

وهذا التعريف مانع، وكونه اختصاص يقر به الشرع، فإنه يمنع من دخول الحقوق التي لا يقرها الشرع، كالاختصاص الغاصب بالمغصوب، السارق بالمسروق.

---

[1] المدخل الفقهي العام- المدخل لنظرية الالتزام للزرقا ٣/ ١٠ وما بعدها.

وكونـــه اختصـــاص يقر به الشرع سلطة، فإنه يخرج المباحات الخاصة، لأنهليس فيها ســـلطة، فليس للمباح له في تناول طعام أن يملك الطعام لغيره، وليس كذلك للمأذون له بالمرور في طريق خاص أن يأذن لغيره بالمرور فيه.

ولذلـــك فـــتعريف الحق بأنه اختصاص يقر به الشرع سلطة، أو تكليفا، سواء لله على عباده، أو لشخص على غيره، هو الأوجه في نظري. والله أعلم.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

لقـــد عرف الشيخ علي الخفيف الحق باعتبار اللغة بأنه المكنة التي تثبت لصاحبها شرعا لتحقيق غرض معين[1].

وعرفه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بقوله: " هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير"[2].

وعـــرفه الأســـتاذ أحمد أبو الفتح بأنه " صفة شرعية بها يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعا"[3].

وتعريف الحق بأنه ما يثبت لصاحبه من قدرة، أو مكنة، أو ما يثبت للإنسان على الغير ذهاب بالحق إلى معناه اللغوي.

ويقـــول أبـــو سنة بعد أن أورد ذلك التعريف: إن أركان الحق التي يتألف منها أربعة: الشيئ الثابت، ومن يثبت له، ومن يثبت عليه، ومشروعية الشيئ الثابت، ويسمى بالمستحق (بفتح الحاء).

---

[1] المنافع للشيخ علي الخفيف – بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة العشرون ص ٩٨-٩٩.

[2] نظرية الحق للدكتور أحمد فهمي أبي سنة بكتاب الله الفقه الاسلامي أساس التشريع ١٧٦.

[3] المعاملات في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد أبي الفتح ١/ ٣٠، وهو تعريف كما يبدو قاصر على الحقوق المالية التي تثبت للإنسان، دون غيرها، فلا يشمل الحقوق غير المالية، كما أنه لا يشمل حقوق الله تعالى، ولا الحقوق التي تثبت للأشخاص الاعتباريين، فهو تعريف غير جامع، والتعبير بأنه صفة شرعية يقتدر بها الإنسان على التصرف ذهاب بالحق إلى المعنى اللغوي، لأن القدرة دليل على المكنة والثبوت للحق.

والشيئ الثابت، إما مال، أو منفعة، أو عمل، أو امتناع عمل، أو وصف آخر، والتعبير بلفظ ما يشمل كل الحقوق، سواء كانت ثابتة على وجه الاختصاص، وهو المعروف بالملك، أو على وجه الاشتراك، كما في الإباحة العامة.

ومن يثبت له الحق، إما أن يكون الله سبحانه وتعالى، وإما أن يكون الإنسان.

وأما من يثبت عليه الحق، ويسمى بالمكلف، وهو إما أن يكون معينا واحدا، أو جماعة، أو جميع الناس، كما في حق ملك المال، وولاية الأب على الصغار، وحق الزوج على زوجته، وحق الحرية والمساواة، فإنه يجب على الناس جميعا أن يحترموا هذه الحقوق، وألا يحولوا دون استعماله لها، فإن فقد هذا لا يكون هناك حق كالإباحة الخاصة، وأما إذن الشارع فيه، فهو ركن من أركان الحق لابد منه، وإذا فقد ركن من هذه الأركان لم يوجد الحق[1].

وقد انتقد هذا التعريف بأنه لا يظهر جوهر الحق، بل موضوعه، فالثابت شرعا بمقتضى الحق ليس هو الحق، بل موضوعه ومحله، وانتقد أيضا وبالأخص تعريف الشيخ أبي سنة بأنه غير جامع، وإن كان التعبير بلفظ "ما" وهي من ألفاظ العموم يشمل جميع القيم والأشياء التي يستأثر بها صاحب الحق، إلا أنه بإثباته الحق للإنسان، أو لله تعالى فقط، يجعل التعريف غير جامع، لأنه لم يشمل الحقوق التي تثبت للأشخاص الاعتباريين[2].

فعلى هذه التعريفات تبين أن هناك علاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي لأننا قلنا أن الحق في اللغة يأتي لعدة المعاني منها الثبوت والواجب واليقين وغيرها، وهذه التعاريف أيضا مشتملة على الثبوت والوجوب أي ما يثبت للإنسان أو لله. والله أعلم.

---

[1] نظرية الحق للدكتور أحمد فهمي أبي سنة، بحث منشور بكتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع ص ١٧٥- ١٧٦

[2] الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور الدريني ١٨٩- ١٩٠.

الحق عند علماء الأصول:

اتجه علماء الأصول الذين ذكروا الحق اتجاهين:

الاتجـــاه الأول: أن الحـــق هـــو الحكم، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع[١]

وقال فخر الإسلام البزدوي[٢]: "أما الأحكام فأنواع: الأول: حقوق الله عزوجل خالصة، والثاني: حقوق العباد خالصة، والثالث: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، والرابع: ما اجتمعا معا وحق العبد فيه غالب.

ثم قال علاء الدين البخاري[٣] قال أبو القاسم رحمه الله[٤] في أصول الفقه:

الحـــق: الموجود من كل وجه الذي لاريب في وجوده، ومنه السمر[٥] حق، والعين حق، أي موجود بأثره، وهذا الدين حق، أي موجود صورة ومعنى، ولفلان حق في ذمة فلان أي شئي موجود من كل وجه.

---

١ ينظر التعريفات لجرجاني: ص ٤٠

٢ هو أبو الحسين فخر الإسلام علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد، البزدوي، الفقـــيه بما وراء النهر، صاحب الطريقة على مذهب الإمام أبي حنيفة، ولد في حدود الأربعمائة من الهجرة، له كتاب المبسوط،وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتابه في أصول الفقه مشهور وقد خرج أحاديثه الشـــيخ أبـــو العدل زين الدين ابن قاسم، ابن قطلوبغا. توفي يوم الخميس خامس رجب سنة ٤٨٢هـــ ودفن بسمرقند. (تاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٤١' الفوائد البهية ص ١٢٤ – ١٢٥، الأعلام ٥/ ١٤٨)

٣ هو علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، من أهل بخارى فقيه حنفي، تفقه على عمه الإمام محمد المايمرغي، وهو أصولي أيضا، له تصانيف منها شرح أصول البزدوي، المسمى بكشف الأسرار، وشرح المنتخب الحسامي للأخسيكتي توفي سنة ٧٣٠هـــ. (تاج التراجم ص ٣٥، الفوائد البهية ص ٩٥ الأعلام ٤/ ١٣٧).

٤ هو عبد الواحد بن علي بن برهان الدين أبو القاسم العكبري الفقيه النحوي المتكلم أخذ الفقه عن أحمد القدوري عن أبي عبد الله بن يحيي الجرجاني، وكان في أول زمانه منجما ثم صار نحويا وكان حنبليا فصار حنفيا مـــات يوم الأربعاء سنة ٤٥٠ هـــ (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١١٣ مطبعة قديمي كتب خان آرام باغ كراتشي)،

٥ السمر و المسامرة الحديث بالليل سمر أيضا بفتحتين فهو سامر والسامر أيضا السمار وهو القوم يسمرون كما يقال للحجاج حاج (مختار الصحاح ص ٣١٢)

وقال أيضا: حق الله تعالى: ما يتعلق به النفع العام للعالم، فلا يختص به أحد وينسب إلى الله تعـــالى تعظـــيما، أو لئلا يختص به أحد من الجبابرة مثل: حرمة البيت الذي يتعلق به مصلحة العالم، باتخاذه قبلة لصلواتهم، ومثابة لهم، وكحرمة الزنى لمايتعلق بها من عموم النفع في سلامة الأنساب، وصيانة الفراش، وإنما الحق ينسب إليه تعالى تعظيما، لأنه يتعالى عن أن ينتفع بشئي، فلا يجوز أن يكون شئي حقا له بهذا الوجه، ولا يجوز أن يكون حقا له بجهة التخليق، لأن الكل سواء في ذلك، بل الإضافة إليه لتشريف ما عظم خطره، وقوى نفعه، وشاع فضله، بأن ينتفع به الناس كافة.

وحـــق العـــبد: ما يتعلق به مصلحة خاصة له، مثل حرمة ماله، فإنها حق العبد، ويتعلق صيانة ماله بها. فلهذا يباح مال الغير بإباحة المالك، ولا يباح الزنى بإباحة المرأة، ولا بإباحة أهلها.

واعترض على هذا التعريف أمير بادشاه[1] وقال: ويرد عليه الصلاة والصوم والحج، والحق أن يقال: يعني بحق الله ما يكون المستحق هو الله، وبحق العبد يا يكون المستحق هو العبد[2].

وقال الكندي[3]: الحق: الموجود، والمراد به هنا: حكم يثبت[4].

وقال القراقي[5]: حق الله: أمره ونهيه، وحق العبد: مصالحه.

---

[1] هو محمد أمين بن محمود، الشهير بأمير بادشاه الحسيني نسبا، الحنفي مذهبا، الخراساني مولدا، البخاري منشأ، المكـــي موطنا، وهو مفسر صوفي. كتبه تيسير التحرير(في أصول الفقه شرح به التحرير لابن الهمام) وتفسير ســـورة الحج، (رسالة في أن الحج المبرور يكفر الذنوب كلها، صغيرها وكبيرها). توفي سنة ٩٨٧هـــ تقريبا. (مقدمته نفسه لكتابه تيسير ا لتحرير ٣/١، معجم المؤلفين ٨٠/٩).

[2] ينظر تيسير التحرير لأمير باد شاد: ١٧٤/٢

[3] هو بشر بن الكندي القاضي أحد أصحاب أبي يوسف روي عنه كتبه وأما ليه وولى القضاء بغدار في زمان المعتصـــم بالله، ذكر القاري أنه كان متحاملا على محمد بن الحسن ، والكندي نسبة إلى كندة بكسر الكاف قبيلة مشهورة باليمن ، توفي سنة ٢٨٨هـــ (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٥٤) .

[4] ينظر حاشية قمر الأقمار على كتاب نور الأنوار، شرح المنار ٢١٢/٢ المطبعة العثمانية، سنة ١٣١٥هـــ

[5] هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين (بياء مفتوحة، ولام مشددة مكسورة) الصنهاجي، البفشـــيمي (بالفاء) البهنسي المصري المالكي، يلقب بشهاب الدين، ويكني بأبي العباس، ولد بالبهنسا ، وكان إمامـــا عالمـــا، انتهت إليه في عهده رياسة المالكية، وكان بارعا في الفقه والأصول والتفسير والحديث والعلوم

والتكاليف على ثلاثة أقسام:

الأول: حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر.

والثاني: حق العباد فقط كالديون والأثمان.

والثالــث: قســم اختلف فيه، هل يغلب فيه حق الله، أو يغلب فيه حق العبد، كحد القذف، ونعني بحق العبد المحض: أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه[1].

ثم قــال: ما تقدم من أن حق الله تعالى أمره ونهيه، مشكل بم ورد في الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم أنه قال: " فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا"[2] فيقتضي أن حق الله تعالى على العباد نفس الفعل، لا الأمر به، وهو خلاف ما نقلته قبل هذا.

والظاهــر أن الحديث مؤول، وأنه من باب إطلاق الأمر على متعلقه الذي هو الفعل، فظاهــره معارض لما حرره العلماء من حق الله تعالى، ولا يفهم من قولنا: الصلاة حق الله تعــالى إلا أمره بها، إذ لو فرضنا أنه غير مأمور بها لم يصدق أنها حق الله تعالى، فنجزم بأنه هو نفس الأمر، لا الفعل، وما وقع من ذلك مؤول[3].

الاتجاه الثاني:

الحــق هــو الفعل: ذكر سعد التفتازاني أن الحق هو الفعل فقال: المحكوم به: "وهو ما يســميه بعضــهم المحكوم فيه" هو الفعل الذي تعلق به خطاب الشارع فلا بد من تحققه

العقلــية وعــلم الكلام والنحو، له مؤلفات، منها كتاب التنقيح في أصول الفقه، وله عليه شرح مفيد، وشرح محصــول الإمام فخرالدين الرازي في الأصول أيضا، وكتاب أنوار البروق في أنواء الفروق، وغيرها كثير، توفي بدير الطين بمصر القديمة، ودفن بالقرافة الكبرى بمصر سنة ٦٨٤هـــ . (الديباج ص ٦٢- ٦٧ ، الأعلام ١/ ٩٠ ، الفتح المبين ٢/٨٦- ٨٧).

[1] الفروق ١/ ١٤٠ – ١٤٢ – الفرق الثاني والعشرين بين قاعدة حقوق الله تعالى وقاعدة حقوق الآدميين،الناشر عالم الكتب بيروت .

[2] الحديث أخرجه البخاري – انظر فتح الباري ١٠/ ٣٩٧ – ٣٩٨ – الطبعة السلفية- ومسلم " ١/ ٥٨ الطبعة البابي الحلبي – من حديث معاذ بن جبل

[3] ينظر الفروق للقرافي: ١/ ١٤٠ – ١٤٢ الناشر عالم الكتب بيروت لبنان.

حسا، أي من وجوده في الواقع، بحيث يدرك بالحس أو بالعقل، إذ الخطاب لا يتعلق بما لا يكون له وجود أصلا.

وأكد صاحب تهذيب الفروق أن الحق هو الفعل فقال: " حق الله تعالى: هو متعلق أمره ونهيه، الذي هو عين عبادته، لا نفس أمره ونهيه المتعلق بها، لأمرين:

الأول: قوله تعالى: " وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون" [1] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا" [2].

الثاني: أن الحق معناه: اللازم له على عباده، واللازم على العباد لا بد أن يكون مكتسبا لهم، وكيف يصح أن يتعلق الكسب بأمره ونهيه، وهو كلامه، وكلامه صفته القديمة.

وحق العبد ثلاثة أقسام:

الأول: حقه على الله، وهو ملزوم عبادته.

والثاني: حقه في الجملة، وهو الأمر الذي تستقيم به أولاه وأخراه من مصالحه [3].

والثالث: حقه على غيره من العباد وهو ما له عليهم من الذمم والمظالم.

وفي هذا تأييد لابن الشاط [4] من المالكية حيث قال: الحق والصواب ما اقتضاه ظاهر الحديث من أن الحق هو عين العبادة، لا الأمر المتعلق بها.

وقسم ابن رجب [5] حقوق العباد إلى خمسة أقسام:

---

[1] سورة الذاريات الآية ٥٦

[2] تقدم تخريجه

[3] تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ١/ ١٥٧.

[4] هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري ، نزيل سبتة، يكنى أبا القاسم، قال: والشاط اسم لجدي ، وكان طوالا فجرى عليه هذا الاسم، ولد في سبتة سنة ٦٤٣هـ أقرأ عمره بمدينة سبتة الأصول والفرائض، وكان فقيها أصوليا لغويا أديبا له نظر في العقليات له تأليف، منها أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق، وغنية الرائض في علم الفرائض، توفي سنة ٧٢٣ هـ (نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ٢٢٥ – ٢٢٦).

[5] هو زين الدين ابن النقيب " عبد الرحمن" (ابن رجب ابن) عبد الرحمن بن أحمد (البغدادي) الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ له مؤلفات عديدة منها: القواعد الكبري (وهو كتاب نافع من عجائب الدهر وزعم بعضهم أنه وجد قواعد مبددة لشيخ الإسلام ابن تيمية فجمعها وليس الأمر كذلك بل كان رحمه الله فوق ذلك كذا قيل) (انظر كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ١٣٥٩/٢ دار إحياء التراث العربي).

١- حق الملك.

٢- حق التملك كحق الوالد في مال ولده وحق الشفيع في الشفعة.

٣- حق الانتفاع كوضع الجار خشبة على جدار جاره إذا لم يضره.

٤- حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات مثل مرافق الأسواق والجلوس في المساجد، ويسمى بحق الأسبقية ويحصل للإنسان بسبب سبق يده إليه ولا يدخل في حق القرار وإنما ذكرته لأجل المعرفة ولتشابهه لحق القرار[١].

٥- حق التعلق لاستيفاء الحق مثل تعلق حق المرتهن بالرهن[٢]

إذا الحق عند الأصوليين إما أن يكون المراد به الحكم والمقصود به خطاب الله تعالى.... أو المراد به الفعل، لأن الفعل تعلق به خطاب الشارع فيجب تحققه. ولعل هذا الخلاف يرجع إلى هل المراد بالحكم الذي هو الحق عند البعض خطاب الله ذاته أو أثر خطابه وهو الفعل وسواء قلنا أنه الحكم أو ا لفعل لا يترتب عليه أية مسألة، لأن الجميع متفقون بأنه يجب الإتيان بأمر الله الذي هو خطابه.

إطلاقات الفقهاء لكلمة الحق:

استعمل الفقهاء كلمة الحق كثيرا، في مواضع عديدة ومعان مختلفة، مأخوذ معظمها من المعاني اللغوية لكمة حق، والمراد بالحق غالبا عند الفقهاء: ما يستحقه الرجل: [٣]

وإطلاقات الفقهاء للحق كانت مختلفة ومتعددة منها:

١- إطلاق الحق على ما يشمل الحقوق المالية وغير المالية، مثل قولهم: من باع بثمن حال ثم أجله صح، لأنه حقه، ألا ترى أنه يملك إسقاطه ، فيملك تأجيله.

---

١ انظر بحوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني ص ٩٧

٢ قواعد ابن رجب ص ١٨٨ – ١٩٥ توزيع دار الباز للنشر والتوزيع وانظر ملا خسرو: الدرر شرح الغرر ٢/١٤٤

٣ ينظر البحر الرائق لابن نجيم : ٦/ ١٤٨ الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

٢- الالـــتزامات التي تترتب على العقد – غير حكمه- وتتصل بتنفيذ أحكامـــه مثل: تسليم المبيع، وذلك في قولهم: ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا، تحقـــيقا للمســـاواة بين المتعاقدين، لأن المبيع يتعين بالتعيين، والثمن لا يتعين إلا بالقـــبض فـــلهذا اشترط تسليمه إلا أن يكون الثمن مؤجلا، لأنه أسقط حقه بالتأجيل فلا يسقط حقه الأخر[1]

٣- الأرزاق الـــتي تمنح القضاة والفقهاء وغيرهم من بيت مال المسلمين، مـــثل قـــول ابن نجيم[2]: من له حق في ديوان الخراج كالمقاتلة والعلماء وطلبتهم والمفتين والفقهاء يفرض لأولادهم تبعا، ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا[3]

٤- مرافق العقار مثل: حق الطريق، وحق المسيل، وحق الشرب.

٥- الحقـــوق المجـــردة، وهي المباحات، مثل: حق التملك ، وحق الخيار للبائع أو للمشتري وحق الطلاق للزوج.

من هذا البحث ظهر أننا لم نجد الفقهاء المسلمين من تعرض لتعريف الحق بمعناه العام في الشـــرع، ولهـــذا ردد كثير من الكتاب المعاصرين أن الفقهاء لم يعنوا بتعريف الحق تعـــريفا دقيقا يبين أركانه وحدوده اعتمادا منهم على المعنى اللغوي لكلمة الحق، وأن فكـــرة الحق واضحة جلية، لا تحتاج إلى تعريف[4]. ولذا نجد بعضهم قد عرفه بما يقارب معناه اللغوي، كما تقدم في تعريف صاحب شرح المنار وغيره.

---

١ ينظر ابن مودود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٨-١٠ الناشر دار الدعوة

٢ هو العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، الشهير بابن نجيم، اسم بعض أجداده. اشتغل بالعلم من أول حياته، ودأب عليه حتى فتح الله عليه فأفتى وتفرد. ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـــ وأخذ عن علمائها، تفقه بالشيخ أمين الدين بن عبد العال الحنفي، والشيخ قاسم بن قطلوبغا، والبرهان الكركي، وغيرهم، وله مصنفات كثيرة منها: الرسائل الزينية، الفوائد الزينية في فقه الحنفية، شرح المنار في الأصول، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الأشباه والنظائر وغيرها توفي سنة ٩٧٠ هـــ صبيحة يوم الأربعاء من رجب. (مقدمة الأشباه والنظائر ص ٦ والفوائد البهية في تراجم الحنفية)

٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٥ سنة الطبع ١٤٠٠ هـــ ١٩٨٠م دار الكتب العلمية بيروت لبنان

٤ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ٢١٠، ، مدخل لدارسته ، مطابع دار الكتاب العربي مصر- القاهرة،

أقسام الحق في الفقه الإسلامي

عنى الفقهاء بدراسة آحاد الحقوق، وبينوا أحكامها، وتطرقوا لحقوق كثيرة متنوعة لا يكاد يحصرها العاد، ولذلك انتشرت أحكام حقوق الإنسان وواجباته فيما يتعلق بجميع تصرفاته، ومعاملاته في أبواب الفقه المختلفة.

وقد أشرنا إلى رأي الأصوليين حول الحق ومن مجموع ما أورده الأصوليون والفقهاء من تقسيمات للحقوق باعتبارات مختلفة، يمكننا أن نقسم الحق إلى أقسام محصورة، تدخل كل طائفة منه تحت قسم من الأقسام على ضوء الاعتبار الذي حددوه، سواء كان التقسيم شاملا لحق الله والعبد معا، أو لأحدهما.

تقسيم الحق باعتبار مستحقه:

وينقسم الحق باعتبار مستحقه، أو صاحب الحق، أو من يضاف إليه الحق، إلى حق الله تعالى، وحق الإنسان، وما اجتمع فيه الحقان كما تقدم ولا حاجة إلى إعادته مرة أخرى.

تقسيم الحق باعتبار حكم ثبوته في الذمة:

وهناك تقسيم للحق باعتبار حكم ثبوته في ذمة من يجب عليه، وهو شامل لحقوق الله تعالى وحقوق الإنسان، فقسموه إلى حقوق محدودة شرعا، وحقوق غير محدودة، وقد أجاد الكلام فيه الإمام الشاطبي، فبين أن الحقوق الواجبة على المكلف، سواء كانت من حقوق الله، كالصلاة والصيام والحج، أو من حقوق الآدميين، كالديون والنفقات والنصيحة وإصلاح ذات البين، فهي على ضربين:

أحدهما حقوق محدودة شرعا، والأخرى غير محدودة.

فأما المحدودة المقدرة فلازمة لذمة المكلف مترتبة عليه دينا حتى يخرج عنها، كأثمان المشتريات، وقيم المتلفات، ومقادير الزكوات، وفرائض الصلوات.

الطبعة الثالثة، سنة ١٣٧٧هـ ١٩٥٨. المدخل للفقه لعيسوي أحمد عيسوي ص٣٠٤، دار الاتحاد العربي للطباعة القاهرة – مصر سنة ١٩٧٦م، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدريني ص ١٨٤، مطبعة جامعة دمشق الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٦هـ ١٩٦٧م.

وأمـــا غير المحدودة فلازمة له، وهو مطلوب بها غير أنها لا تترتب في ذمته، ومثل لها الشاطبي بالصدقات ا لمطلقة، وسد الخلات، ودفع حاجات المحتاجين، وإغاثة الملهوفين، وإنقاذ الغرقى، والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... ثم قال الشاطبي، وهناك ضـــرب ثالث آخذ بشبه من الطرفين الأوليين، فلم يتمخض لأحدهما، هو محل اجتهاد، كالنفقة على الأقارب والزوجات، ولأجل ما فيه من الشبه بالضربين اختلف الناس فيه: هل له ترتب في الذمة أم لا؟ فإذا ترتب فلا يسقط بالاعسار[1].

تقسيم الحق باعتبار علاقته البارزة:

وينقسم الحق باعتبار علاقته البارزة إلى حق متعلق بالعين وحق ثابت في الذمة، وهو تقسيم يشمل حقوق الله وحقوق العبد.

جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي:

والحـــق المـــتعلق بالتركة الثابت قبل الموت إما أن يكون حقا متعلقا بالعين، أو حقا متعلقا بالذمة، والحقوق العينية أي المتعلقة بعين شيئ، كالدين المرتهن عليه شيئ، والجناية الصـــادرة من العبد، والحق الثابت في الذمة، كالدين المطلق أي الذي ليس مقيدا برهن يكون في مقابلته"[2].

ويقـــول الشيخ أبو سنة: إن الحق المتعلق بالعين هو أن يكون للإنسان حق في ذات شيئ من الأشياء، كحق الملك في الدار، وحق حبس المال المرهون للدائن، وحق سقي الـــزرع من جدول معين، وحق الله تعالى في أموال الزكاة، وحق الأب في الولاية على أولاده، وحق الأم في حضانة طفلها، فإنها حقوق منصبة على شيئ بمعنى أنها سلطة لك عليه من غير توقف على شخص معين يثبت عليه الحق.

---

[1] انظر الموافقات للشاطبي ١/ ٩٦ وما بعدها.

[2] حاشية الدسوقي ٤/ ٤٠٧، ونفس التقسيم عند الشافعية حيث ورد في نهاية المحتاج ٦/ ٥ وما بعدها، وفي القواعد للزركشي "مخطوط" ص ٨٥ حرف الحاء قسم الزركشي الحق إلى متعلق بالعين ومتعلق بالذمة، وبين أن الحق المتعلق بالعين أقوى من الحق المتعلق بالذمة، ولهذا قدم البائع من المفلس بالسلعة على الغرماء، وكذلك المرتهن يقدم بالمرهون.

وعند الحنابلة راجع كشاف القناع ٤/ ٤٠٤، وعند الحنفية انظر حاشية ابن عابدين ٦/ ٧٥٧- ٧٥٩.

وأمـــا الحـــق الثابت في الذمة فهو أن يثبت لإنسان حق على آخر، فيكون أحدهما مســـتحقا، أو دائـــنا، والآخر مكلفا أو مدينا، والعلاقة البارزة في هذا النوع قائمة بين إنسان وآخر.[1]

مصدر الحق:

مصدر الحق هو الله تعالى لتنظيم حياة الخلق، حتى يكونوا سعداء في الدنيا والآخرة وكان يمكن ألا يجعل الله للعبد حقا أصلا ، تفضل على عباده فجعل للشخص حقوقا تـــؤدي له، وكلفه بأداء حقوق لله تعالى، وللآخرين، ثم أعلمه وبلغه ما له من حقوق، ومـــا علـــيه من واجبات عن طرائق الشرائع السماوية التي ختمت بالشريعة الإسلامية فكانت ناسخة لما قبلها وعامة لجميع الخلق.

فمـــا أثبتته الشريعة الإسلامية حقا فهو حق، وما عداه فليس بحق، فالحاكم هو الله تعالى قال الله عزوجل: " إن الحكم إلا لله"[2] وعلى ذلك إجماع المسلمين، والحقوق هي أثر خطاب الشرع.

قال الشاطبي[3]: إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى، وهو جهة التعبد، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه بإطلاق.

فـــإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجردا فليس كذلك بإطلاق، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية، كما أن كل حكم شرعي ففيه حق للعباد، إما عاجلا

---

[1] نظرية الحق للدكتور أحمد فهمي أبي سنة ١٨٤-١٨٥ وما بعدها حيث بين أمثلة للحق المتعلق بالعين وللحق المتعلق بالذمة، وقسم الحق المعلق بالذمة إلى مالي وغير مالي الخ..

[2] سورة الأنعام الآية ٥٧

[3] هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي من أهل غرناطة أصولي حافظ مجتهد، حريص على اتباع السنة ، مجانب للبدع ، كان من أئمة المالكية من مؤلفاته: الموافقات في أصول الفقه، والمجـــالس (شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري) والاعتصام. توفي سنة ٧٩٠هـــ (نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ٤٦ – ٥٠ ، الأعلام ١/ ٧١، الفتح المبين ٢/ ٢٠٤ – ٢٠٥).

وإما آجلا، بناء على أن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد، روى عن معاذ بن جبل[1] رضي الله عنه قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يامعاذ، هل تدري حق الله على عباده، وماحق العباد على الله؟ قلت الله ورسوله أعلم، قال: " فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وحق العباد على الله ألا يعذب من لا يشرك به شيئا"[2]

ثم ذكـــر الشاطبي أن كل الحقوق حتى حق العبد هو حق الله وحده بادئ ذي بدء، فقـــال: كل تكليف حق الله، فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من وجهين:

أ – من جهة حق الله فيه.

ب – ومـــن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقا أصـــلا، إذ الأشياء كلها بالنسبة إلى وضعها الأول متساوية، لا قضاء للعقل فيها بحسن ولا قـــبح، فـــإذن كـــون المصلحة مصلحة هو من قبل الشارع، بحيث يصدقه العقل، وتطمئن إليه النفس[3].

أركان الحق هي:

أ – صـــاحب الحـــق، هو في حقوق العباد الشخص الذي ثبت له الحق، كالزوج باعتباره صاحب حق على الزوجة بالنسبة لطاعته.

---

[1] هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي يكني بأبي عبد الرحمن صحابي جليل أسلم وهو شاب وشـــهد بيعة العقبة الثانية وشهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امتدحه الرسول صلى الله علـــيه وســـلم بأنه أعلم المسلمين بالحلال والحرام، وبعثه النبي صلى الله عليه وسلم في السنة العاشرة قاضيا إلى اليمن توفي رضي الله ع نه سنة ١٨ هـــ بناحية شرق الأردن (اسد الغابة ٤/ ٣٧٦).

[2] تقدم تخريجه

[3] الموافقات ٢/ ٣١٧ وما بعدها الناشر المكتبة التجارية بأول شارع محمد على بمصر.

أما في حقوق الله تعالى كالصلاة والصوم فإن صاحب الحق فيها هو الله تعالى وحده ولا يشاركه في هذا الحق أحد غيره، ولذا لا يملك أحد إسقاط حقه تعالى.

ب – من عليه الحق، وهو الشخص المكلف بالأداء، فإذا كان صاحب الحق هو الله تعالى، فيكون المكلف بأداء الحق هو من عليه هذا الحق، سواء أكان فردا كما في فرض العين أم جماعة كما في فرض الكفاية مثلا.

جـــــ - محل الحق أي الشئي المستحق، كالفرائض الخمس في حق الله تعالى، والمال حقـــيقة، كالقدر المقبوض من المهر، وهو معجل الصداق أو حكما كالقدر المؤخر من المهر لأقرب الأجلين، وكذا سائر الديون، والانتفاع، كحل الامتاع بعقدالزواج والعمل مـــثل: ما تقوم به الزوجة من أعمال، وتمكين الزوج من نفسها، والامتناع عن عمل، مثل: عدم فعل الزوجة ما يغضب الله أو يغضب الزوج.

ويشترط في الشئي المستحق لصاحب الحق أن يكون غير ممنوع شرعا، لأن الأصل في الأشياء الإباحة

شـــرعا[1] إلا مـــا نهى الشرع عنه، فإذا كان الشئي غير مشروع فلا يكون حقا، وليس لصـــاحب الحق المطالبة بما هو غيرمشروع، مثل: تمكين الزوج من الاستمتاع بزوجته فإنه

---

[1] ذكر كثير من العلماء هذه القاعدة من غير تقييد ويقولون الأصل في الأشياء الإباحة ولكن القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة لأن الأصل في أموال الناس الحرمة، وقال العلامة بن قطلوبغا في بعض تعاليقه أن المختار أن الأصل الإباحة عند جمهور أصحابنا، وقيده فخر الإسلام بزمن الفترة فقال: إن الناس لن يتركوا سدى في شئ من الأزمان، وإنما هذا بناء على زمن الفترة لاختلاف الشرائع ووقوع التحريفات، فلم يبق الاعتقاد والوثوق على شئي من الشرائع فظهرت الإباحة بمعنى عدم العقاب، بما لم يوجد له محرم ولا مبيح انتهى كلامه
ودليل هذا القول قول تعالى: " خلق لكم ما في الأرض جميعا" (سورة البقرة الآية ٢٩) أخبر بأنه خلقه لنا على وجه المنة علينا وأبلغ وجوه المنة إطلاق الانتفاع فتثبت الإباحة. وقال ابن نجيم: الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدم الإباحة وهو مذهب الشافعي رحمه الله أو التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة ونسبه

حق مشروع، ولكنه ليس مشروعا دائما في كل وقت، لأنه ليس مشروعا في حال الحيض، قـال الله تعـالى: " ويسـألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله، إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين[1]) " والله أعلم

معنى الحق في القانون

اختلفـت آراء علماء القانون في تعريف الحق اختلافا كبيرا حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة في هذا الشأن، ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الجوهري في الحق[2]

الشافعية إلى أبي حنيفة رحمه الله وفي البدائع المختار أن لا حكم للأفعال قبل الشرع. والحكم عندنا وإن كان أزليا فالمراد به هنا عدم تعلقه بالفعل قبل الشرع فانتفى التعليق لعدم فائدته. وفي شرح المنار: الأشياء في الأصل على الإباحة عند بعض الحنفية ومنهم الكرخي.

وقال بعض أصحاب الحديث الأصل فيها الحظر.

وقال أصحابنا الأصل فيها التوقف بمعنى أنه لا بد لها من حكم. لكنا لم نقف عله بالعقل.

فظهرت من هذه الأقوال أن القاعدة ليست مسلمة بل العلماء قد اختلفوا فيها والله أعلم. (الأشباه والنظائر مع شرحه ١/٢٢٣ –٢٢٥)

[1] سورة البقرة الآية: ٢٢٢

[2] هناك قلة من الفقهاء ينكرون فكرة الحق، وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسي الكبير ديجي Duguit فهو ينكر وجود الحق مستقلا بذاته عن مصدره، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة إرادية، وهذا يستتبع أن يكون لإرادة ما الغلبة والسيطرة على أخرى، وهو ما يخالف الواقع لأن الإرادات كلها متساوية، فالحقيقة في نظره أن ما يسمى بالحق ليس إلا مركزا قانونيا situation juridiqqe خاصا يضع القانون فيه الشخص دون أن يكون لارادته دخل في ذلك، فهو يستبدل بالحق " المركز القانوني الإيجابي" ويستبدل بالواجب " المركز القانوني السلبي" وميزة هذا التصوير عنده أن صاحب المركز القانوني لا يبدو أنه مركز أعلى أو أدنى من غيره.

ويلاحظ على هذا النظر أن تصوير صاحبه لفكرة الحق تصوير غير صحيح لم يقل به أحد، فحتى الذين يعرفون الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية لا يفكرون مطلقا في أن تكون لارادة صاحب الحق الغلبة أو السيطرة على إرادة أخرى بحيث تكون لها سلطة إخضاعها، إذ أن الإرادات الفردية كلها متساوية في جوهرها، هذا إلى أن صاحب ذلك الرأي لا يجادل في الأحكام القانونية التي تترتب على الحق، وإنما هو ينكر تصويرا معينا لفكرة الحق لم يقل

عرف الدكتور السنهوري الحق في القانون بقوله: " الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون" وعرفه أيضا في كتابه الوسيط بقوله: " والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد"[1].

وقيل إن الحق عبارة عن قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون.

ولعل من أحسن التعاريف للحق في القانون هو كما قال الدكتور عبد المنعم فرج "ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية"[2].

وقال الدكتور عبد المنعم فرج أيضا: " فجوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، بمعنى أن هذا الثبوت الذي يعترف به القانون للشخص يعتبر العنصر الأساسي الذي يقوم عليه الحق، ولا يقتصر المراد بالقيمة هنا على ماله قيمة مالية، بل يشمل كذلك ماله قيمة أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال، فقد تكون القيمة التي يعترف بها القانون للشخص مما لا يقدر بالمال، فحق الشخص في الحياة وحقه في الحرية وحقه في أن يشترك في حكم بلده، وحقه في أن ينسب إليه نتاج ذهنه العلمي أو الأدبي أو الفني، كل هذه حقوق ترد على قيم أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال، وقد تكون القيمة مالية، فحق الملكية يرد على شئ مادي معين يمكن تقويمه بالنقود، وحق الدائنية يرد على عمل يلتزم المدين بأدائه للدائن ويمكن تقويمه بالنقود"[3].

به أحد غيره، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين جمهور الفقه في المفاضلة بين اصطلاح المركز القانوني الإيجابي واصطلاح الحق.

لهذا لم يقدر لهذه النظرة أن تؤثر على فكرة الحق التي تعتبر مبدأ تقليديا ومسلما في فقه القانون.

[1] مصادر الحق ١/ ٥ والوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام ١/ ١١٥. وتعريف الحق بأنه مصلحة قال به الفقيه الألماني: " أهرنج" ثم تبعه غيره من القانونيين" انظر المدخل الفقهي العام، المدخل لنظرية الالتزام للزرقا ص ١٣.

[2] أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٧٩.

[3] المصدر نفسه ص ٢٧٩.

وثبوت الحق للشخص سواء كانت القيمة مالية أو غير مالية لا يكون إلا بناء على اعتراف من القانون، إذ ليس للشخص من حقوق إلا ما يخوله إياه القانون، فمصدر جميع الحقوق هو القانون، بحيث لا يمكن أن ينشأ حق لا يستند إلى قاعدة في القانون.

وثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه أن يكون لهذا الشخص من السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التي ترجى من هذه القيمة، ويختلف مدى هذه السلطة باختلاف مضمون الحق، فالحق في حرية الرأي يقتضي أن يكون للشخص سلطة إعلان رأيه على الناس، وحق الانتخاب يتطلب أن يكون للشخص سلطة التصويت في الانتخاب.

وحق الملكية يخول المالك سلطة استعمال الشئ المملوك له واستغلاله والتصرف فيه.

وحق الدائنية يخول للدائن سلطة مطالبة المدين بأداء ما التزم به، وهذه السلطات يكفلها القانون لصاحب الحق، حيث يمنحه من الحماية ما يستطيع به حمل الغير على احترام حقه بدفع كل اعتداء يقع عليه، فهذا أيضا هو مقتضى ما يقرره القانون من ثبوت قيمة معينة للشخص، حيث لا جدوى من حق لا يقوم القانون على حمايته.

والقانون إذيقرر ثبوت قيمة معينة للشخص، إنما يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية، فقد رأينا أن وظيفة القانون هي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم والارتقاء، ولذلك فإن المصالح التي يراها الشارع جديرة بالرعاية، ويحرص بالتالي على تحقيقها هي تلك التي تتفق مع المصلحة العامة للجماعة[1].

الفرق بين الحق والواجب

تقدم أن القانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها:

---

[1] مبادئ القانون للدكتور حمدي عبد الرحمن ١/ ١٦٨ – ١٦٩، وأصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٧٩ –٢٨٠.

وهذا هو ما يستفاد من القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام يتحتم الخضوع لها.

وإذا نظرنا إلى القاعدة أو القانون من الناحية العملية وجدناها تخول للفرد حقا أو تفرض عليه واجبا.

فالقاعدة التي تقضي بأن " لمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"[1] تخول المالك الحق في أن يستأثر دون غيره بمزايا ملكه، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق، والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعا ما عدا صاحب الحق، فهو واجب سلبي لا يستوجب القيام بأي عمل للمالك.

والقاعدة التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين"[2] تخول الدائن الحق في أن يطالب المدين بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين، وتوجب على المدين أن يستجيب لهذا الطلب، والواجب في هذه الحالة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس، وهو قد يكون إيجابيا أي عملا كالالتزام ببناء منزل، وقد يكون سلبيا أي امتناع عن عمل كالالتزام بعدم فتح محل تجاري في منطقة معينة.

ويلاحظ أن الواجب العام يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق أيا كان نوعها، فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ما عدا صاحب الحق، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير، بحيث يمتنع بمقتضاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلا يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه، وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين، وذلك بالإضافة إلى الواجب العام، فلو أن صاحب مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدي العمل المتفق عليه ، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره، ويضاف إلى هذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أي فعل يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة التي تربط بين العامل وصاحب المصنع، فلو أن أحدا من هؤلاء، كصاحب مصنع

---

[1] المادة ٨٠٢ من القانون المدني نقلا عن أصول القانون ص ٦.

[2] المادة ١٤٧ /١ من القانون المدني نقلا عن أصول القانون ص ٦

آخـــر، حـــرض العامل على الإخلال بواجبه، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض.

ويتضح من هذا أن كل حق يقابله واجب، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة، ولذلك جـــرى استعمال اصطلاح "الحق للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها، أي عن الحق والواجب متقابلين.

كمـــا يتضح أن القانون في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع إنما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم، فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها عن شيئ واحد، حيث أن القـــاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة اجتماعية تفرض نظاما معينا، وهي ذاتها التي تخـــول الحق فتضع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين في علاقاته بغيره، أو تفرض عليه واجبا في هذا السبيل[١].

ومـــن هذا نجد أن القانون والحق يكمل كل منهما الآخر، فالقانون من ناحية هو الذي يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنتظم بها علاقاتهم.

أنواع الحقوق:

تنقســـم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامـــة وهـــي حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق خاصة وتشمل حقـــوق الأســـرة والحقوق المالية، كما أن من الحقوق ما يجمع بين جانب معنوي لصيق بالشخصية وجانب مالي يدخل في عداد الثروة المالية للشخص كالحقوق الذهنية، ونشير إلى بعض هذه الحقوق باختصار وهي على النحو التالي:

أولا– الحقوق السياسية **droits politiques**

[١] راجع أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٦ – ٧

وهي حقوق تثبت للفرد بوصفه مواطنا في الدولة، أي أنها تعبر عن نتائج رابطة الانتماء السياسي بين الفرد والدولة التي يعيش فيها، ومن قبيلها تولي الوظائف العامة، حق الانتخاب، حق الترشيح.

ويلاحظ على هذه الحقوق :

أ – أن بعضها قد يمنح استثناء لغير المواطنين كحق تولي الوظائف العامة.

ب – أن بعضها الآخر يحمل طابع الواجب بحيث يتعين على أن يمارسها وإلا تعرض للعقاب كحق الانتخاب.[1]

ثانيا- الحقوق المدنية droits civils فهي الحقوق المقررة لحماية الشخص في كيانه وحريته ولتمكينه من مزاولة نشاطه، كحق الشخص في الحياة، وحريته في العقيدة وحريته في التعاقد، وهذه الحقوق تكون للشخص بحكم وجوده، فهي بذلك تختلف عن الحقوق السياسية في أن الأصل فيها أن تثبت لكل شخص وفي أنها ضرورية لكل شخص، فالإنسان يمكنه أن يعيش دون أن يعطي صوته في الانتخاب أو أن يرشح نفسه لعضوية المجلس النيابي أو أن يتولى وظيفة عامة، ولكن لا يمكنه ذلك إذا فقد حريته أو لم يكن في استطاعته أن يبيع وأن يشتري[2].

حقوق الأسرة: droits de famille

وهي حقوق تترتب على وجود الأسرة، حيث يتمتع بها الفرد بحكم الرابطة العائلية (الزواج أو القرابة) وتشمل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر (السلطة الزوجية وما يتبعها من ميزات وأعباء....)

ويفضل بعض الفقهاء تسمية هذه الحقوق بالمراكز التنظيمية situations institutionnelles

ويقصدون من هذه التسمية التركيز على هيمنة النظام القانوني على هذه المراكز واستئثاره بتنظيم آثارها على وجه يضعف من حرية إرادة الأفراد في هذا الشأن، فالفرد في

---

[1] مبادئ القانون للدكتور حمدي عبد الرحمن ١/ ١٧١- ١٧٢.

[2] أصول القانون ص ٢٨٢.

داخـــل هذا المركز القانوني يتحمل النتائج التي يفرضها القانون والتي قد يغلب عليها طابع الواجب على طابع الحق (روبير Roubier)[1].

حقوق الشخصية droits de la personnalite

وهي حقوق تثبت للإنسان بصفته كذلك، وقد أقرها القانون وحماها لورودها على قيم لازمة لوجود الإنسان واستمراره في المجتمع وتهدف جميعها إلى حماية الكيان المادي (سلامة الجسد) والكيان الأدبي للإنسان.

وتتمـــيز هـــذه الحقوق من حيث الحماية القانونية، بأن قدرة الاستئثار فيها لا تتضمن ســـلطة الاقتضاء الإيجابي في مواجهة شخص معين بل تفرض على الغير بصفة عامة كعدم المســـاس بشرفه، لذلك يتخذ الجزاء صورة رد الفعل الذي يرتبه القانون على الاخلال بهذه الحماية وهو نشأة الحق في التعويض، ويتضح من ذلك أن الحقوق اللصيقة بالشخص رغم انـــتفاء صفتها المالية إلا أنها قد تنشئ بطريق غير مباشر لصاحبها حقا ماليا نتيجة للعدوان عليها.

كمـــا تتميز الحقوق اللصيقة بالشخصية بامتناع انتقالها إلى الورثة وبامتناع سقوطها أو اكتسابها بمضي المدة.

وتتعدد الحقوق اللصيقة بالشخصية بتعدد الجوانب التي يسبغ عليها القانون حمايته، ومع ذلك يمكن ردها جميعا إلى حقين أساسيين هما الحق في حماية الكيان المادي للإنسان والحق في حماية كيانه الأدبي.[2]

الحقوق المالية:

الحقوق المالية droits pecunieres هي التي يمكن تقييم محل الحق فيها بالنقود فهي تكون الجانـــب الإيجـــابي في ذمة الشخص المالية، إذ في هذه الذمة تظهر الحقوق التي للشخص والتكاليف التي عليه.

---

[1] مبادئ القانون ١/ ١٧٢.

[2] المصدر نفسه ١/ ١٧٢ –١٧٣.

وترمي هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية، فالناحية الاقتصادية فيها محل الاعتبار الأول، وهي لذلك تختلف عن جميع الحقوق السابقة في أنها بحسب الأصل، يجوز التصرف فيها ويرد التقادم عليها وتنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته.

وهذه الحقوق على أنواع ثلاثة: حقوق شخصية، وحقوق عينية وحقوق معنوية، ويقوم هذا التقسيم على أساس طبيعة محل الحق، فالحق الشخصي محله عمل، كما في حق المقرض قبل المقترض، والحق العيني محله شيئ مادي، كما في حق الملكية، والحق المعنوي محله شيئ معنوي أو غير مادي كما في حق المؤلف.[١]

وهذا وهناك تفصيلات كثيرة ومتعددة حول تقسيم هذه الحقوق عند القانونيين ولكن اكتفينا بهذا القدر خشية الإطالة ولكي لا نخرج عن الموضوع لأنها لا دخل لها كثيرا بموضوعنا.

مصادر الحق في القانون:

الحق سلطة يخولها القانون للشخص على قيمة معينة، هذا الحق هل هو ميزة مكتسبة أي تطرأ على الشخص أثناء حياته فتغير من حالته الشخصية أو المالية، أم أنها تلحق به منذ وجوده؟.. من العرض السابق لأنواع الحقوق يتضح أن منها ما يتمتع به الفرد استنادا إلى صفة دائمة فيه لا تتغير، تلازمه منذ ولادته، كصفة الإنسان وانتمائه إلى دولة معينة[٢] أو ارتباطه برابطة القرابة بأفراد أسرته.

وهذه الحقوق هي الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان والحقوق السياسية وحقوق الأقارب، ويعتبر القانون مصدرا مباشرا لهذه الحقوق، حيث يتمتع بها الفرد بمجرد توافر الصفة مناط اكتساب الحق بغير حاجة إلى توافر سبب خاص إضافي لاكتسابها، فهي حقوق دائمة وليست طارئة فكل فرد منذ ولادته يتمتع بالصفة الإنسانية وينتمي إلى دولة معينة وينتمي بالقرابة لأفراد أسرة معينة.

---

١ أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٩٢.

٢ إن الانتماء إلى دولة معينة أو الارتباط بصلة القرابة هي صفات دائمة استنادا إلى الوضع الغالب.

ومن الحقوق – الحقوق الأخرى عدا الأنواع السابقة – ما يطرأ أثناء حياة الشخص أي يكتسبه الفرد فتتغير باكتسابه صورة حالته الشخصية أو المالية، وهنا يثور السؤال عن كيفية وسبب حدوث هذا التغيير؟

لو تصورنا توقف حركة النشاط القانوني بين الأفراد للحظة معينة، ثم نظرنا إلى صورة الأوضاع القائمة بينهم في وضع ثابت لا يتغير لوجدنا أن بعضهم يتمتع بحقوق معينة كحقوق الرابطة الزوجية والحقوق العينية الشخصية، وأن البعض الآخر قد لا يتمتع ببعض أو بكل هذه الحقوق... ولكي تتغير هذه الصورة بحث يصبح غير المالك مالكا مثلا ولكي تنشأ علاقة دائنية بين شخصين لم تكن تربطهما هذه العلاقة من قبل، ولكي يتمتع زيد من الناس بحقوق الرابطة الزوجية، لابد أن يطرأ سبب خاص فيحدث في العلاقات القائمة هذا التغيير، هذا السبب هو ما نسميه بمصدر الحق، ويقسمه الفقه إلى نوعين: التصرف القانوني والواقعة القانونية:

التصرف القانوني: ويمكن تعريفه بأنه عمل إرادي يتجه إلى إحداث آثار قانونية معينة تغير في الأوضاع القانونية القائمة، وقد يكون العمل الإرادي من جانب واحد كما هو الحال في الوصية، وقد يكون من جانبين أو أكثر كما هو الحال في العقود عموما كعقود البيع والإيجار والمقايضة والهبة...الخ.

ويلاحظ أن جوهر التصرف القانوني هو الإرادة التي يستند إليها، لذلك يشترط القانون شروطا معينة في هذه الإرادة حتى يمكنها أن تنتج الآثار التي يعتد بها... فيجب أن توجد الإراداة أولا، فإن وجدت وجب أن تخلو من عيوب الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال وأن يكون صاحبها متمتعا بأهلية إتيان التصرف القانوني.

الواقعة القانونية: وهي حدث مادي بحت يرتب عليه القانون نتائج معينة تحدث بدورها تغيرا في الأوضاع القانونية القائمة، وقد تكون الواقعة من فعل الطبيعة كهبوب العواصف أو الفيضان أو الوفاة الطبيعية وقد تكون من فعل الإنسان كالاعتداء على مال الغير أو على شخصه.. ويرتب القانون على مثل هذه الوقائع آثارا معينة بغض النظر عن اتجاه إرادة صاحبها أو عدم اتجاهها إلى تحقيق تلك الآثار.. فالوفاة يترتب عليها انتقال الأموال بالميراث

والاعــتداء عــلى شخص الغير أو على أمواله يؤدي إلى الزام المعتدي بالتعويض.. فالأثار المشار إليها تترتب بمجرد الحدوث المادي للواقعة القانونية.[1]

المقارنة

لم يخــتلف القانون عن الفقه في تقسيم الحقوق إلى عدة أنواع بل إن تقسيم الحقوق في القانون تزيد عما ذكرها الفقهاء، لأن كثيرا من الحقوق قد استحدثت في عصرنا و لم تكن موجــودة من قبل والفقهاء يميزون بين الحق المتعلق بالعين والحق المتعلق بالذمة، فهل معنى ذلك أنهم لايميزون بين الحق العيني والحق الشخصي الذي تطرق إليه رجال القانون؟

اختلف المعاصرون حول مدى معرفة الفقه الإسلامي للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، فذهب الدكتور السنهوري إلى أن الفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير، وإن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، فالدين ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صوره، والعين تستغرق الحق العيني وبعضا من الحق الشخصي

ثم وصف الدكتور السنهوري بعض الفقهاء الذين قرروا أن الفقه الإسلامي قد ميز تمييزا واضــحا بين الحق الشخصي والحق العيني بأنهم مخطئون[2] وقال الدكتور السنهوري: إنه لا حاجة إطلاقا للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين فهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي، لا التمييز بين الحق الشخصي والحق المأخوذ من الفقه الغربي، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها[3].

وذهــب الأستاذ الزرقا إلى القول بأن الفقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة بين الحق الشخصي والحق العيني، وهذا راجع إلى اختلاف مبني على الترتيب والصياغة بين الفقــه الإســلامي والفقه الغربي، ثم ذكر أن ترتيب وصياغة الفقه الإسلامي يقومان على

---

[1] مبادئ القانون ١/ ١٨٨- ١٨٩.

[2] راجع نقد الدكتور السنهوري للأستاذ الزرقا، مصادر الحق ١/ ١٩.

[3] مصادر الحق للسنهوري ١/ ١٤ وما بعدها.

أســـاس سرد مصادر الحقوق والالتزامات وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحوالـــه، فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الإسلامي بين الحقين العيني والشخصي، إلا في فـــروع الأحكام المتفرقة لمن يتتبعه، ثم بعد ذلك قرر الزرقا: إن الفقهاء قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام، ولهم في ذلك أنظار دقيقة[1].

وذهـــب الشيخ أبو سنة إلى قريب مما ذهب إليه الزرقا، فقال عن تسمية القانون للحق العيني، وتقسيمه إلى أصلي وتبعي، أنه لا مانع في الشريعة من هذه التسمية، لأنها مميزة بين صنفين من الحقوق، ووصف تقسيم القانون للحق المالي إلى عيني وشخصي بأنه فكر قاصر لاقتصاره على الحقوق المالية دون غيرها[2].

والأوجه ما ذهب إليه الدكتور السنهوري، لأن الفقه الإسلامي يبني أحكامه على قواعد وأسس مستمدة من أصوله الفقهية، وهي مستقلة تماما وغير مرتبطة بالفقه الأجنبي، ولذلك كان له أسلوبه الخاص وصياغته الخاصة في بيان أحكامه الفقهية كما أن له مصدره الخاص أيضا لأن مصدر الفقه الإسلامي وهو الكتاب والسنة وأما مصدر الحقوق في القانون فهو القانون الذي وضعه البشر. والله أعلم.

---

[1] المدخل الفقهي العام – المدخل لنظرية الالتزام للزرقا ٣/ ٢٨ وما بعدها، وانظر الانتقادات التي وجهها الأستاذ الزرقا لوجهة نظر الدكتور السنهوري.

[2] نظرية الحق لأبي سنة ص ١٨٥– ١٨٦ من كتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع.

حق الاستقرار

تعـــريفه: الاســـتقرار مأخوذ من القرار، والقرار في اللغة: قرّ الشئي قرّا: أي استقر بالمكان، والاسم القرار.

وقرّ في المكان يقر قرارا: إذا ثبت ثبوتا جامدا، ومنه قوله تعالى: " أمّن جعل الأرض قرارا"[1]

والقرار، والقرارة من الأرض: المطمئن المستقر.

والقرار والقرارة: ما قرّ فيه الماء[2]

والاستقرار أو القرار في اصطلاح القفهاء يأتي لعدة معان:

أ – جـــاء في شرح منتهى الإرادات : إذا حصل في هواء الإنسان غصن شجر غيره لزمه إزالته ليخلّي ملكه الواجب إخلاؤه، والهواء تابع للقرار[3] بمعنى أن غصن الشجر قد طـــال ووصـــل إلى ملك الغير أي في الهواء فيجب إزالته ليخلي ملكه لأن الهواء تابع للقرار.

ب – بمعنى الثبوت وعدم الانفصال ويطلقون على الاتصال بالأشياء بهذا المعنى اتصال قرار.

قال ابن عابدين[4]: المتصل اتصال قرار: ما وضع لا ليفصل كالبناء[5].

وهذا المعنى أيضا يساير المعنى اللغوي.

---

[1] سورة النحل الآية: ٦١

[2] ينظر لسان العرب لابن منظور: ٥/ ٨٣ وما بعدها ما دة (قرر) والفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ٢/ ٤٩٥ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـــ الناشر مؤسسة دار الهجرة إيران قم.

[3] ينظر شرح منتهى الإرادات للفتوحي : ٢/ ٢٦٨

[4] هو محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي فقيه الشام وإمام الحنفية ولد بدمشق سنة ١٢٥٢هـــ وله مؤلفات كثيرة ومن أشهرها رد المحتار على الدر المختار ومجموعة الرسائل وغيرهما (الأعلام ٦/ ٢٦٧ و معجم المؤلفين ٩/ ٧٧)

[5] حاشية رد المحتار ٤/ ١٦ الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـــ مكتبة ماجدية عيدكاه طوغي رود كويتا باكستان.

جـ - وستعملونه مضافا إلى لفظ " حق" فيقولون: حق القرار، يقصد به ثبوت حق الانتفاع بالعقار المستأجر والبقاء فيه، دون أن يطالبه أحد بإخلائه فهو حق التمسك بالعقار[1].

وهناك عدة مسائل تتعلق بمعنى الاستقرار أو القرار وهي على النحو التالي:

أولا: القرار يأتي بمعنى الأرض، وتعلق بهذا حكم الاتفاق بما يتبع القرار.

وللارتفاق بما يتبع القرار صور متعددة منها:

أ - من أخرج جناحا إلى الطريق، فإن كان الطريق نافذا والجناح لا يضر بالمارة جاز، لأنه ارتفاق بما لم يثبت عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشي في الطريق، ولأن الهواء تابع للقرار فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار، ملك الاتفاق بالهواء من غير إضرار، وبهذا قال الحنفية والمالكية والشافعية[2].

وقال الحنابلة: إن ذلك جائز بإذن الإمام، هذا ما ذكره صاحب شرح منتهى الإرادات[3] لكن ابن قدامة[4] ذكر أنه لا يجوز أن يشرع أحد إلى طريق نافذ جناحا سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر، ثم قال: وقال ابن عقيل[5]: إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام[1].

---

[1] ينظر القاموس المحيط الفيروز آبادي ص والمغرب ٢/ ١١٥.

[2] ينظر بدائع الصنائع للكاساني : ٦/ ٤٩، الطبعة الثانية - ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م دار الكتب العلمية بيروت لبنان، جواهر الإكليل ٢/ ١٢٣ الفروق للقراق: ٤/ ١٦، عالم الكتب بيروت لبنان، الشيرازي : المهذب ١/ ١٤١

[3] شرح منتهى الإرادات للفتوحي : ٢ / ٢٦٩

[4] هو جمال الإسلام شرف الدين أبو العباس أحمد بن الحسين أو ابن الحسن بن عبد الله بن أبي بكر محمد بن أحمد بن قدامة الحنبلي المشهور، بابن قاضي الجبل، شيخ الحنابلة في عصره، أصله من القدس، ومولده ووفاته في دمشق: مولده سنة ٦٩٣هـ ووفاته ستة ٧٧١هـ وكان يحفظ عشرين ألف بيت من الشعر، طلب إلى مصر، فدرس في مدرسة السلطان حسين، وعاد إلى دمشق، فولي بها القضاء سنة ٧٦٧ هـ وتوفي وهو قاض، له مصنفات منها: الفائق (في فروع الفقه) وأصول الفقه، لم يكمله.

(جلاء العينين ص ٣٥ - ٣٦ المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٠٥، الأعلام ١/ ١٠٧)

[5] هو الإمام العلامة البحر، شيخ الحنابلة، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن عبد الله البغدادي الظفري، الحنبلي المتكلم، صاحبالتصانيف، كان يسكن الظفرية (محلة بشرقي بغداد كبيرة، وإلى جانبها محلة آخرى كبيرة يقال لها قراح ظفر) ومسجده بها مشهور، ولد سنة ٤٣١هـ له مؤلفات عديدة منها: الفنون وهو كتاب=

وإن صالحه الإمام عن الجناح على شئي لم يصح الصلح، لأن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد،ولأن ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز في الطريق.

هـذا ما نص عليه الحنفية والشافعية، ولا يختلف الحكم عند المالكية والحنابلة بالنسبة للطريق العام[٢].

وإن كان الطريق غير نافذ فلا يجوز إشراع جناح فيه إلا بإذن أهله، وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة، وإن صالح الدرب على عوض معلوم جاز، لأن ذلك لهم فجاز أخذ عوضه كالقرار[٣].

وقال الجصاص[٤]: من الحنفية والقاضي[٥]من الحنابلة لا يجوز الاعتياض عن ذلك، لأنه بيع للهواء دون القرار.

=كبير جدا وغيره توفي بكرة الجمعة ثاني عشر جمادي الاولى سنة ٥١٣هـ (سير أعلام النبلاء ١٩/ ٤٤٣، طبقات الحنابلة ٢/ ٢٥٩، ميزان الاعتدال ٣/ ١٤٦).

١ ينظرالمغن لابن قدامة: ي ٤/ ٥٥١، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية حسن محمد امبابي.

٢ ينظر البدائع ٦/ ٤٩ ، والفروق ٤/ ١٦، ومغني المحتاج لخطيب مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم ٢/ ١٨٣، الناشر دار الكتب بيروت لبنان.

٣ ينظر المصادر نفسها وراجع أيضا المغني لابن قدامة : ٤/ ٥٥٣ ، و شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٧٠

٤ هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص قاضي من أهل الري سكن بغداد انتهى إليه رياسة الحنفية في عصره أخذ عن أبي سهل الزجاج عن أبي الحسن الكرخي عن أبي سعيد البردعي وغيرهم وكان على طريق الكرخي في الورع والزهد وبه انتفع وعليه تخرج له مؤلفات كثيرة منها: أحكام القرآن في التفسير، وشرح مختصر الكرخي وشرح مختصر الطحاوي وكتاب في أصول الفقه وشرح الأسماء الحسنى وغيرها مات سابع ذي الحجة سنة ٣٧٠ هـ (قال الجامع) الجصاص بفتح الجيم وتشديد الصاد المهملة في آخره صاد أخرى هذه النسبة إلى العلم بالجص. (الفوائد البهية ص ٢٧ ، الأعلام ١/ ١٧١، تاريخ بغداد ٣/ ٨٨)

٥ هو محمد بن الحسن بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء يكنى بأبي يعلى المعروف بالقاضي الكبير الفقيه الحنبلي الأصول المحدث له مؤلفات كثيرة منها : الأحكام السلطانية، والعدة في أصول الفقه، توفي سنة ٤٥٨ هـ (الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١/ ٢٤٥)

وللشافعية قولان: الأول: الطريق الذي لا ينفذ لا يجوز لغير أهل السكة إشراع الجناح فيه بلا خلاف، ولا لهم على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم سواء تضرروا أم لا؟

والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد[1] ومن تابعه: يجوز إذا لم يضر بالباقين فإن أضر ورضي أهل السكة جاز، ولوصالحوه على شئي لم يصح بلا خلاف لأن الهواء تابع، فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا)[2]

ب – ومن ذلك: أنه يجوز بيع الهواء الذي فوق القرار كما يقول المالكية والحنابلة،لأن من ملك القرار ملك الهواء الذي فوقه.

جاء في الشرح ا لصغير: جاز بيع هواء فوق هواء، وأولى فوق بناء، كأن يقول المشتري لصاحب أرض: بعني عشرة أذرع من الهواء فوق ما تبنيه بأرضك إن وصف البناء الأعلى والأسفل للأمن من الغرر والجهالة[3].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: يصح شراء علو بيت ولو لم يبن البيت إذا عين البيت ليبني عليه، لأن العلو ملك للبائع فجاز بيعه كالقرار[4].

ومنع ذلك الحنفية، لأن الهواء لا يجوز بيعه عندهم[5].

---

[1] هو أبو حامد، حجة الإسلام، زين الدين، محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ولد سنة ٤٠٥ هـ في الطابران (قصبة طوس، بخراسان) فقيه شافعي متصوف، رحل إلى نيسابور، ثم إلى بغداد، فالحجاز، فبلاد الشام، فمصر، وعاد إلى بلدته، نسبته إلى صناعة الغزل (عند من يقوله بتشديد الزاي) أو إلى غزالة (من قرى طوس) لمن قال بالتخفيف، له نحو مائتي مصنف منها إحياء علوم الدين، وشفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، والمستصفى من علم الأصول، والمنخول من علم الأصول، والوجيز في فروع الشافعية. توفي في الطابران سنة ٥٠٥ هـ (وفيات الأعيان ٣/ ٣٥٣ – ٣٥٥ ، طبقات الشافعية ٦/ ١٩١، وما بعدها، جلاء العينين ص ١١٨ وما بعدها، الأعلام ٧/ ٢٤٧ – ٢٤٨).

[2] ينظر روضة الطالبين للنووي : ٤/ ٢٠٦ – ٢٠٧ ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م المكتب الإسلامي، الشيرازي: المهذب ١/ ٣٤١.

[3] الشرح الصغير٢/ ٩

[4] ينظر شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٦٧

[5] ينظر البدائع ٥/ ١٤٥

جـــــ - ومن ذلك أيضا: أن من صالح غيره على أن يسقي أرضه من نهره مدة ولو معينة لم يصح الصلح لعدم ملكه الماء، لأن الماء لا يملك بملك الأرض.

وإن صالحه على سهم من النهر كثلث ونحوه من ربع أو خمس جاز الصلح، وكان ذلــك بيعا للقرار أي للجزء المسمى من القرار، وهو الثلث أو الربع أو الخمس، والماء تابع للقرار، فيقسم بينهما على قدر ما لكل منهما فيه.

وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة[1].

وأما المالكية فقد أجازوا بيع الماء المملوك دون القرار[2].

ثانــيا: القرار بمعنى الثبوت وعدم الانفصال، ويتصل بهذا بيع ما يتصل بغيره اتصال قــرار: كالــتوابع المستقرة المتصلة بالمبيع اتصال قرار تدخل في البيع " واتصال القرار: وضــع الشــئي بحيث لا يفصل من محله" فيدخل الشجر في هذا التعريف، فإذا بيعت الأرض فالشــجر المغــروس فيها يدخل في البيع، لأن الأشجار متصلة بالأرض اتصال القرار، أما الأشجار اليابسة فلا تدخل في البيع، لأن تلك الأشجار على شرف القلع، فهي في حكم الحطب فليس اتصالها بالأرض اتصال قرار.

وإذا اختلف البائع والمشتري في قرار الأشياء مثلا، كأن يدعي المشتري أن هذا الشئي قد وضع على أن يكون مستقرا فهو داخل في البيع، ويدعي البائع أنه لم يوضع على أن يكون مستقرا فهو خارج عن المبيع فيجري فيه التحالف[3].

وبعض العلماء أطلق على حق الاستقرار – الحق المؤكد، وهو عبارة عن حق استقر في عين معينة لم تملك بعد، وإن كانت لصاحبه نوع ملك في الجملة، وله حق المطالبة بالقسمة.

---

[1] ينظر شرح فتح القدير لابن الهمام : ٥/ ٢٠٥، الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، و البدائع ٦/ ١٨٩ ، جواهر الإكليل ٢/ ٢٠٥، ومغني المحتاج ٢/ ٢٠٤.

[2] ينظر الفروق ٤/ ١٦

[3] ينظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيدر أفندي ١/ ١٨٠ – ١٨١ مادة ٢٣٢، منشورات مكتبة النهضة الحديثة – بيروت: وحاشية ردالمحتار لابن عابدين ٤/ ٣٥ ، وحاشيته على الشرح الكبي للدسوقي: ر٣/ مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر.١٧١ ، نهاية المحتاج للرملي ٤/ ١١٦ – ١١٧ ،و المغني ٤/ ٨٦ – ٨٧).

ويسمى: الحق المستقر، لأن من عليه الحق لا يقدر على إبطال الحق المؤكد من جانبه، ويجب عليه التسليم بالحق المؤكد لصاحبه، وإذا امتنع أجبره القاضي على ذلك.

مثاله في الغنيمة: الحق المؤكد فيها يكون بعد إحراز المسلمين للغنيمة في دار الإسلام، لأن الحق فيها قد تأكد واستقر بعد هذا الإحراز، لأن الغنيمة في أرض الحرب والمعارك قبل الإحراز كانت مجرد حق لم يتأكد بعد، حيث كان يمكن أن يبطل هذا الحق باسترداد الأعداء لأموالهم، وبعد الإحراز للغنائم في بلاد الإسلام زال الخطر، وتأكد الحق، و لم يبق مجرد حق أو حقا مجردا.

قال في الدر المتنقى: " والذي قرره في المنح كغيره" : أنه لا ملك بعد الإحراز بدارنا أيضا إلا بالقسمة، فلا يثبت بالإحراز ملك لأحد، بل يتأكد الحق، لهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لا يعتق، ولو كان ملك ولو بشركة لعتق.

نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات فوقع عبد بين أهل رأيه صح عتق أحدهم للشركة الخاصة، حيث كانوا قليلا كمائة فأقل، وقيل : أربعين.

ولا يجوز بيع أحد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة، سواء أكان في دار الحرب أم بعد الإحراز في دارنا لأنها لا تملك قبل القسمة كما علمت.

قال في الفتح: وهذا ظاهر في بيع الغزاة، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي[1]: أنه يصح، لأنه مجتهد فيه، يعني أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك[2]

---

[1] هو أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي الأزدي إمام جليل القدر مشهور في الآفاق ذكره الجميل مملوء في بطون الأوراق ولد سنة٢٢٩هـ وقيل سنة ٢٣٠ هـ وكان يقرأ على المزني الشافعي وهو خاله وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة فقال له المزني والله لا يجيئ منك شيئ فغضب وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إماما له تصانيف جليلة معتبرة منها: أحكام القرآن، وكتاب معاني الآثار ، ومشكل الآثار، والمختصر، وشرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغيروغيرها، وتوفي ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة ٣٢١هـ . (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٣١)

[2] ينظر حاشية رد المحتار ٤/ ١٤١

هذا وقد تكلم الفقهاء عن الدين المستقر أيضا وأوردوا هذه المسألة تحت عنوان بيع الدين لغير المدين، والدين المستقر عبارة عن الدين الثابت استيفاؤه والذي يكون الملك عليه لازما مستحقا لصاحبه دون أن يكون هناك أي احتمال آخر لسقوطه.

والعلماء اختلفوا في بيع هذا الدين فقد قال الشافعية في الأظهر عندهم[1]: يجوز بيع الدين المستقر للمدين قبل القبض، لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود، ومثال الدين المستقر: قيمة المتلفات، والمال الموجود عند المقترض.

وأما إن كان الدين غير مستقر: فإن كان مسلما فيه في عقد السلم، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر، لأنه ربما تعذر تسليمه لفقدانه، فانفسخ البيع فيه.

وإن كان الدين ثمنا في بيع، ففي المذهب الجديد للشافعي: يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر في هذا الشأن عن الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا بأس ما لم تتفرقا، وبينكما شيئ"[2] ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك، فصار ذلك مثل المبيع بعد القبض.

وقال الحنابلة: يصح في الصحيح من المذهب بيع الدين المستقر للمدين كبدل قرض ومهر بعد الدخول، ولا يصح بيع الدين لغير المدين، كما لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته، لأن الهبة تقتضي وجود معين، وهو منتف هنا، كما لا يصح بيع الدين غير المستقر كأجرة عقار قبل مضي مدة الإيجار، ومهر قبل دخول بالمرأة ومسلم فيه قبل القبض، إلا أن ابن القيم أجاز بيع الدين للمدين ولغير المدين[3].

وأما الحنفية والمالكية فلم يتكلموا عن الدين المستقر وغير المستقر وإنما ذكروا حكم بيع الدين لغير المدين مطلقا.

---

[1] المهذب ١/ ٢٦٢ وما بعدها.

[2] رواه الترمذي في سننه انظر تحفة الأحوذي شرح الترمذي ٢/ ٢٤٠الطبع ضياء السنة إدارة الترجمة والتأليف فيصل آباد باكستان ، وأحمد ٢/ ٨٣ -١٣٩ وكذلك أورده الحاكم وصححه وقال هو على شرط مسلم.

[3] المغني ٤/ ١٢٠ غاية المنتهى ٢/ ٨٠ وما بعدها، أعلام الموقعين ١/ ٣٨٨ وما بعدها، كشاف القناع ٤/ ٣٣٧.

موقف القانون الباكستاني من حق الاستقرار

القـــانون الباكستاني وإن لم يرد فيه حق القرار بهذا اللفظ فإنه ليس معنى ذلك أنه لم يقـــنن هـــذا الحق أو أن القانون قد أغفل حق الاستقرار، بل إن هذا الحق موجود في القـــانون الباكســـتاني، لأنه قد ورد في مواضع أخرى قوانين مما تدل على جواز الحق المذكـــور، حيث أن الأصل في الفقه والقانون هو جواز جميع العقود ما لم يخالف النص القـــانوني أو الآداب العامـــة أو المصلحة العامة لأن القاعدة الشرعية تقول: " العقد هو شريعة المتعاقدين" فما دام ليس هناك أي مانع من إبرام فمعنى هذا أنه جائز، أضف إلى ذلك أن انتقال الملكية أو المنفعة سواء كان عن طريق البيع أو الإجارة أو الهبة أو غيرها مالم يكن هناك محظور شرعي أو قانوني فهي جائزة و لم نجد في حق القرار أي مانع من انتقاله سواء كان انتقال الملكية أو المنفعة وقد ذكرت قبل هذا أن الفائدة من مشروعية حـــق القرار هي مصلحة ومنفعة المجتمع الاجتماعية والاقتصادية والقانون لم يوضع و لم يقـــنن إلا لأجل مصلحة الناس فبناء على هذا وبناء على قواعد العقد والقواعد القانونية نســـتطيع أن نقول إن قانون العقد الباكستاني وقانون الوقف يجيزان حق القرار ونذكر المادة التي تدل على هذا الجواز وهي على النحو التالي:

ورد في الباب الثاني من قانون العقد الصادر عام ١٨٧٢م المادة ٢٣ ما يأتي:

"كل شيئ يجوز أن يعقد عليه ما لم يكن هناك مانع قانوني أو كان طبيعة المعقود عليه لا يجوّز ذلك، أو كان هناك في العقد خديعة وغبن، أو كان هناك اعتداء على شخص أو ممتلكاته، أو كان المعقود عليه مخالفا لآداب العامة أو مخالفا لمصلحة العامة، فإذا لم يكن هذه المحظورات يجوز العقد عليه، ففي كل قضية كان المعقود عليه وثمنه مخالفان للقانون أو كان أحدهما مخالفا للقانون يعتبر العقد باطلا"[١].

---

[١] Contract Act : ١٨٧٢ و نص القانون

Section: ٢٣

The consideration or object of an agreement is lawful, unless it is forbidden by law; or is of such a nature that, if permitted, it would defeat the provisions of any law; or is fraudulent; or involves or implies injury to the person or property of another; or the court regards it as immoral, or opposed to public policy.

In each of these cases, the consideration or object of an agreement is said to be unlawful. Every agreement of which the object or consideration is unlawful is void.

وورد في المـــادة ٢٤ مـــن القـــانون المذكور:" إذا كان جزءا من المعقود عليه مخالفا للقانون يصبح العقد باطلا"

فبناء على هذا نستطيع أن نقول إن قانون الباكستاني يجوز حق القرار لأن حق القرار لايخالف شروط العقد التي تجعل العقد باطلا وقلنا أن العقد شريعة المتعاقدين.

وكذلـــك يدل قانون الوقف الباكستاني على جواز حق القرار لأن القرار هو إجارة الملكية لفترة طويلة وقد ورد في الباب السادس من قانون الوقف المادة ٥٥ مايأتي:

" يجوز لناظر الوقف استئجار الوقف لمدة طويلة مادام هناك منفعة للوقف"[1]

فالمادة المذكورة من قانون الوقف أيضا تدل على جواز حق القرار.

وكذلك يدل قانون الإجارة على جواز حق القرار لأن القانون ا لمذكور لا يمنع أحد مـــن اســـتئجار ملكيته ما لم يخالف نص القانون وليس في حق القرار مخالفة للنصوص القانونية وقد ورد في المادة ٤ من قانون الكراء أنه يجوز كراء المترل والأرض متى ما اتفق عليه المؤجر والمستأجر ما لم يخالف القانون[2] ، فمن خلال هذه النصوص القانونية وصلنا إلى أن القانون الباكستاني يجوز حق الاستقرار والله أعلم

---

[1] Trusts Act ١٨٨٢ الناشر منصوربك هاوس كجهري رود لاهور

[2] The Rent Laws Phage ١٦ الناشر فيدرل لاء هاوس راولبندي.

حق الاستقرار في القانون المدني المصري

بعد أن ذكرنا ماهية حق الاستقرار لدى الفقهاء المسلمين أشير إلى معناه لدى علماء القانون:

ورد في المذكـــرة الإيضـــاحية للمشروع التمهيدي، في صدد الموازنة بن حق الحكر وحق القرار، وقد تضمن المشروع كليهما، ما يأتي: " هذان حقان يشتركان في أن كلا مـــنهما حق عيني يترتب لصاحبه على أرض للغير، ويراد به الانتفاع بهذه الأرض مدة طويلة، وهذا ما يدعو إلى أن يكون الحق عينيا حتى يكون له من الاستقرار والبقاء ما ليس للحق الشخصي الذي يعطيه للمستأجر، ولكن الحقين يختلفان أحدهما عن الأخر في المصـــدر وفي الغـــرض الاقتصادي، أما في المصدر فحق الحكر مأخوذ من الشريعة الإسلامية[1] وحق القرار مستمد من التقنينات الأجنبية.

وأمـــا في الغرض الاقتصادي فالغرض من الحكر تسليم أرض في حاجة إلى الإصلاح إلى شـــخص يصلحها وينتفع بها مدة طويلة، حتى يتمكن من استثمار الأرض استثمارا يجـــزي ما أنفق عليها في اصلاحها، ولذلك يغلب أن تكون الأرض المحكرة وقفا مخربا، وإن كان نجوز تحكير الأعيان غير الموقوفة.

والغـــرض مـــن حق القرار إيجاد طريقة أكثر استقرارا من الإيجار لاستغلال الأرض بالبـــناء عليها أو بالغرس فيها، والقرار يفضل الإيجار من حيث الاستقرار بأنه حق عيني وبأن مدته تكون عادة طويلة[2].

وتقول المذكرة الإيضاحية في ناحية أخرى: " استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالـــة خاصة فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة، يبني فيها أو يغرس، ولا يكفـــيه في ذلـــك أن يستأجر الأرض، فإن حق المستأجر لا يكفل له القدر الكافي من الاســـتقرار، ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها فإن الحكر تصرف خطير لا يبرره إلا أن الأرض مخـــربة والحكـــر هو الوسيلة إلى استصلاحها، فيختار الطرفان عقد القرار

---

[1] سيأتي تفصيل الحكر وأحكامه وأنواعه في الفصل الأول من هذا الكتاب.

[2] مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ نقلا عن الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ٦/ ١٤٣٩.

لـيكون وسـطا بين الإيجار والحكر، وليترتب للمنتفع بالأرض حق عيني لمدة طويلة، والمهـم في حق القرار هو تسوية علاقة مالك الرقبة بصاحب القرار عند انتهاء الحق، وتحديد مصير ما أحدثه صاحب القرار على الأرض من بناء أو غراس" [1].

وقد عرفت المادة ١٢٧٩ من المشروع حق القرار بأنه حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو غراسا على أرض الغير، وينشأ حق القرار بعقد رضائي، فهو يختلف عن الحكر في ذلك، ويختلف عنه أيضا في أنه لا يبيح لصاحبه إلا البناء أو الغراس، وفي أنه ليس من الضروري أن تكون الأجرة في القرار هي أجرة المثل فلا محل للتصقيع فيه، ولا يجوز أن تـزيد مدة حق القرار على خمسين سنة، ولا ينتهي حق القرار بزوال البناء أو الغراس وينـتقل هـذا الحق بالميراث وإذا تأخر صاحب القرار عن دفع الأجرة مدة سنتين كان لمـالك الرقـبة أن يطلب فسخ العقد، ويملك صاحب القرار ملكا خاصا ما أقام على الأرض مـن بـناء أو غراس، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق القرار، وتنتقل ملكـية البناء أو الغراس عند انتهاء القرار إلى مالك الرقبة، على أن يدفع هذا لصاحب القـرار قيمة البناء أو الغراس وقت انتقال ملكيتها ولمالك الرقبة أن يطلب من صاحب القرار أن يبقي طوال المدة التي يمكن فيها الانتفاع بالبناء أو الغراس، فإن رفض صاحب القرار ذلك سقط حقه في المطالبة بقيمة البناء أو الغراس و لم يكن له إلا أن ينزعهما على أن يعيد الأرض إلى حالتها الأولى [2].

وسميت هذه الحقوق باسم حقوق القرار، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها، كالحكر والكـدك ومشدالمسكة، بأن لصاحبها حق قرار ولأنها لا تدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق مؤقتا بحياة المنتفع بحق القانون، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقـار على عقار آخر كما بين الفقهاء ، وهنا في هذه الحقوق لا يوجد عقاران بصفة (خـادم ومخـدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب، وحق قرار لشخص من جانب آخر.

---

[1] المصدر نفسه ٦ ص ٥٦١ نقلا عن الوسيط ٦/ ١٤٤٠. وانظر كذلك الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٦٩

[2] المصدر نفسه ٦/ ١٤٤٠

وأخـيرا بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم ١٦٣ المؤرخ في ١٣ ربـيع الأول ١٣٧٨هـ — ٢٧ من أيلول ١٩٥٨م والمعدل بالقانون ذي الرقم ١٨٩ لسـنة ١٩٦٠م فأوجـب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائيا بين جانب الوقف وصـاحب القـرار(أو حـق التصرف) من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاسـتبدال بملكية الوقف مقدارا محددا بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المثقل بـأحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر، فيأخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقـار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم، ويصبح العقار ملكا حرا لصـاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف، فإذا لم يتقدم صاحب حق القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الأوقاف التابع لها العقار بإجراء معاملة الاستبدال المذكور.

وقـد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر بحسب قوة كل من حق الوقف وحق القرار.

وقـد نص القانون المذكور في المادة ٢١ منه على منع إنشاء أي حق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان.

وبذلـك أنهيـت أعظـم مشكلة كانت مستعصية بين هذه العقارات الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتعلت الأوقاف وطغت عليها[1]

---

[1] حدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير التالية، بحسب نوع حق القرار المربوط به:

٥،١٣ في المائة من قيمة العَار المربوط بالمرصد.

٥،١٢ في المائة من قيمة العقار المربوط بالإجارتين.

١٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالقيمة

٨ في المائة من قيمة العقار المربوط بالحكر أو المقاطعة.

١٢ في المائة من قيمة العقارالمربوط بالكدك.

٥،١٢ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكدك والمرصد معا، أو بالمرصد والقمبص معا.

١٤في المائة من قيمة العقار المربوط بالكردار

٣٠في المائة من قيمة العقار المربوط بمشدالمسكة في الأراضي السليخ

٥٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بمشد المسكة في الأراضي المشجرة.

المقارنة

هذا وبعد تعريف حق الاستقرار في كل من الفقه والقانون نرى أنه ليس هناك فرق بين الفقه والقانون في تعريفهما، حيث أن الفقه عرف حق الاستقرار كما تقدم في كلام ابـــن عـــابدين حيث قال: " حق القرار يقصد به ثبوت حق الانتفاع بالعقار المستأجر والبقاء فيه دون أن يطالبه أحد بإخلائه فهو حق التمسك بالعقار[1]" .

وقريـــبا من هذا المعنى ذكر في القانون حيث ورد فيه " والغرض من حق القرار إيجاد طـــريق أكـــثر استقراراً من الإيجار لاستغلال الأرض بالبناء عليها أو بالغرس فيها" وفي موضع أخر ذكر " حق القرار حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو غرسا على أرض الغير"

فكلا من الفقه والقانون اشترط مدة طويلة لكي ينتفع به المستأجر لوقت طويل دون المطالـــبة بإخلائه، وإن كان القانون يحدد مدة ويقول ولا يجوز أن تزيد مدة حق القرار على خمسين سنة، ونحن نقول إن خمسين سنة مدة طويلة لأن بعض الفقهاء كذلك حدد المـــدة فمـــنهم من قال ستين سنة ومنهم من قال تسعين سنة، فكل ما و رد في الفقه والقانون هو طول المدة، حدد أو لم يحدد وبهذا نصل إلى أن الفقه والقانون لم يختلفا في ماهـــية حق الاستقرار، وإن اختلفت العبارة كما يقول الدكتور السنهوري بأن القرار إصـــطلاح أجـــنبي والفقهـــاء اســـتعملوا كلمة الحكر فما دام المفصود واحد لا عبرة لاختلاف العبارة، والله أعلم.

وأمـــا مدى اهتمام الفقه والقانون به فقد اهتم به الفقهاء المسلمون أي اهتمام وعلى الخصـــوص فقهاء الحنفية وعلى رأسهم ابن عابدين فقد تعرض في عدة أبواب في كتابه رد المحتار لهذا الحق وسأنقل بعض أقوال العلماء مما ورد بخصوص هذا الحق التي تدل على

---

[1] ينظر ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٤/ ١٦

اهتمامهم وعنايتهم به من ذلك قول السرخسي[1]: " فإن هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لأنه إنما استحق البناء بالقسمة أما الأرض من طريق المسلمين وإنما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشترك البناء دون الأرض ولا يرجع على شريكه بشيء لأنهما كان يعلمان أن الظلة على الطريق فإن لهم منها نفس البناء لا حق القرار وذلك سالم له " [2].

وقال في موضع أخر:" وكذلك إن شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لأن عين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر في ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فإن ذلك جائز بمثله بيع السفل على أن يكون حق القرار العلو له عليه وإن لم يشترطا شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لأنهما نفيا شركتهما في قدر الطريق فيبقى في هذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة في الكل"[3].

وقال الكاساني[4]:"ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا"[5].

---

[1] هو محمد بن أبي سهل المعروف بشمس الأئمة السرخسي الفقيه الحنفي وكنيته أبو بكر، ألف في الفقه والأصول، فقد أملى وهو سجين في الجب كتاب المبسوط في الفقه، كما أملى شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن وألف في الأصول أصول الفقه توفي سنة ٤٨٢ هـ (الفوائد البهية ص ١٥٨، والجواهر المضية ٢/ ٢٨، ومعجم سركيس ص ١٠١٦).

[2] المبسوط ١٥/ ٢٤، سنة الطبع ١٤٠٦هـ دار المعرفة بيروت لبنان.

[3] المبسوط ١٥ / ٢٨

[4] هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين ملك العلماء الكاساني صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي صاحب التحفة عن صدر الإسلام أبي اليسر البزدوي وغيرهما، ومن تأليفاته السلطان المبين في أصول الدين والبدائع وغيرهما توفي في عاشر رجب سنة ٥٨٧ هـ (الفوائد البهية ص ٥٣).

[5] البدائع ٦/ ٢٥٧

قال المرغيناني[1]: "وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار[2]".

وقال ابن الهمام:" ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه"[3].

وقال ابن نجيم: " ولو اقتسموا دارا وفيها كنيف شارع إلى الطريق أو ظلة لم يحسب في ذرع الدار لأن الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار على طريق العامة بل كالمنقوض ولكنهما يقومان على من وقعا في حيزه ولا يحسبان في ذرعان الدار بعد قسمه الوالي"[4].

وقال ابن عابدين: " الذي هو العمدة في مثل هذه المسائل: " تنبيه قد علم مما قررناه أن قولهم إن المستأجر الأول أولى إنما هو فيما إذا زادت أجرة المثل في أثناء المدة قبل فراغ أجرته وقد قبل الزيادة أما إذا فرغت مدته فليس بأولى إلا إذا كان له فيها حق القرار وهو المسمى بالكردار على ما قدمناه مبسوطا في مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعا للضرر عنه"[5].

وقال في موضع أخر: "وإن قبل المستأجر الأول الزيادة لزوال علة الأحقية وهي بقاء مدة إجارته إلا إذا كان له فيها حق القرار فهو أحق من غيره ولو بعد تمام المدة لهذه العلة الأخرى كما علمت وبهذا ظهر أن المستأجر لأرض الوقف ونحوها من حانوت أو دار

---

[1] هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني صاحب الهداية كان إماما فقيها حفظا محدثا مفسرا جامعا للعلوم ضابطا للفنون له تصانيف كثيرة منها: كتاب المنتقى، ونشر المذهب، والتجنيس، والمزيد ومناسك الحج ومختارات النوازل، وكتاب في الفرائض وغيرها، توفي سنة ٥٩٣هـ.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٤١ – ١٤٣)

[2] الهداية ٤/ ٣٥

[3] فتح القدير ٦/ ٢٨٢

[4] البحر الرائق ٨/ ١٧٥

[5] حاشية رد المحتار ٤/ ٤٠٤

إذا لم يكن له فيها حق القرار المسمى بالكردار لا يكون أحق بالاستئجار بعد فراغ مدة استئجاره سواء زادت أجرة المثل أو لا وسواء قبل الزيادة أو لا"[1].

وقال أيضا: "ثم اعلم أن العادة قد جرت أن الناظر لا يمكن المستأجر من الغراس إلا بإذنه إذا لم يكن له في الأرض حق القرار المسمى بمشد المسكة فينبغي أنه لا يملك ذلك بدون إذنه ولا سيما فيه ضرر على الوقف لأن الأنفع أن يغرس الناظر للوقف أو يأذن للمستأجر بالمناصبة وهي أن يغرس على أن الغراس بينه وبين الوقف كما هو العادة ولا شك أنه أنفع من غرسه لنفسه فقط "[2].

وقال كذلك: " وعن هذا قال في جامع الفصولين وغيره بنى المستأجر أو غرس في أرض الوقف صار له فيها حق القرار وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اه وفي الخيرية وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردارحق القرار وهو أن يحدث المزارع والمستأجر في الأرض بناء أو غرسا أوكبسا بالتراب بإذن الواقف أوالناظر فتبقى في يده" [3].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: " دار قسمت بين اثنين وبين مشترك عليه رؤوس جذوع إلى أحد المقسمين رؤوسها الأخرى آخر فإن شرط رفعها حين القسمة ترفع وإلا فلا ترفع بين مقسمين لصاحب حصة عليه رؤوس جذوع وقد خرج بالقسمة لصاحب الحصة الآخر حيث تقاسما على كونه ملكا له حكمه على هذا الوجه أي أن شرط رفعها حينما تقاسما ترفع وألا يبقى لها حق القرار على الحائط المملوك للآخر"[4].

وورد في موضع أخر" كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال مثلا سفل ملك لواحد وفوقانيه لآخر فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني"[5].

فإيراد العلماء حق القرار وعلى الخصوص علماء الحنفية في عدة مواضع من تأليفاتهم مما يدل على اهتمامهم بهذا الحق وسيأتي تفصيل آرائهم واهتماماتهم في الفصول الآتية مما سيوضح الأمر للقارئ على أن الفقهاء رحمهم الله قد بينوا أحكام الوقائع في عصرهم

---

[1] المصدر نفسه ٤/ ١٠٥

[2] المصدر نفسه ٤/ ٤٥٥

[3] المصدر نفسه ٥/ ٥٢

[4] مجلة الأحكام العدلية ١/ ٢٢٦ الناشر كارخانه تجارت كتب

[5] المصدر نفسه ١/ ٢٣٠

وأحكام المسائل التي لم تقع بل وكثير منها لم تقع حتى الآن وربما يواجهها الناس في المستقبل فهذا دليل على أنهم قد عنوا بهذا الموضوع . والله أعلم.

هذا كما اهتم الفقهاء بحق الاستقرار لم يهتم به فقهاء القانون مثله وقد تقدم قول الدكتور السنهوري حين قال إن حق القرار اصطلاح القانونيين وأنه مستورد إلينا وليس اصطلاح الفقهاء وإنما الفقهاء قد استعلموا لفظ الحكر، ومما يدل على عدم اهتمامهم كذلك أن الدكتور السنهوري ذكر كلاما عن القانون الذي يدل على أنهم لم يهتموا كثيرا بهذا الحق وقال: " وقد اجتازت نصوص حق القرار مراحل التشريع واحدة بعد أخرى، حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ، فاعترض عليها في هذه اللجنة، ورؤى أن حق القرار جديد على المصريين، ولا يوجد ما يبرره في البيئة المصرية، ويغني عنه حق الحكر والإيجار، فرد على ذلك بأن " هناك فرقا بين حق الحكر وحق القرار، وأن حق الحكر له وظيفة اقتصادية هي تعمير أرض مخربة، أما حق القرار فلا يشترط فيه أن تكون الأرض مخربة، وإنما هو يفترض أن شخصا عجز عن استغلال ملكه فاتفق مع آخر على أن يستعمل هذا الملك بأن رتب له حق قرار على الأرض" وبعد منا قشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار " تفاديا من وضع أحكام مختلفة لصور متقاربة، ولأن نظام الحكر في مصر يواجه بعض الحاجة، والإجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقي، وإذا وجدت بعض مصلحة فهي يسيرة لا تتطلب استبقاء أحكام هذا الحق"[1].

هذا واهتمام الفقه بحق القرار أكثر من اهتمام علماء القانون لأنه عند وضع ا لقانون المدني في مصر حاول البعض إدخال هذا الحق ولكن بعد المناقشة رؤي حذف المواد المتعلقة بحق القرار كما تقدم فهذا يدل على أن اهتمامهم به بسيط لم يطل إلى درجة مثل ما اهتم به الفقهاء. والله أعلم.

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ – ص ٥٦١ نقلا عن الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٤٤١.

خلاصة المسائل التي توصلت إليها

١- الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا.

٢- والحق في القانون عبارة عن مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون.

٣- القانون والحق والواجب تصدر كلها عن شئ واحد، حيث أن القاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة اجتماعية، وهي التي تحول الحق وتفرض عليه واجبا.

٤- ينقسم الحق عند الأصوليين إلى أنواع أربعه حق الله خالصا، وحق العبد خالصا، ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، وما اجتمعا وحق العبد فيه غالب

٥- اطلاقات الفقهاء للحق متعددة فيشمل الحقوق المالية وغير المالية ويشمل الالــتزامات التي تترتب على العقد، وينقسم باعتبار حكم ثبوته في الذمة إلى حقوق محدودة شرعا وحقوق غير محددة.

٦- وينقسم باعتبارعلاقته البارزة إلىحق متعلق بالعين وحق ثابت في الذمة.

٧- والحق في القانون كذلك ينقسم إلى عدة أنواع- منها الحقوق السياسية والمدنية، وحقوق عامة، وحقوق الشخصية وحقوق خاصة والحقوق المالية وغيرها.

٨- مصدر الحق هو الله تعالى، لأن الحاكم هو الله تعالى.

٩- مصدر الحق في القانون هو القانون ذاته.

١٠- أركان الحق ثلاثة، صاحب الحق، من عليه الحق، محل الحق،

١١- حق الاستقرار مأخوذ من القرار وهو بمعنى الثبوت والإطمنان

١٢- اطلاقات الفقهاء لحق الاستقرار متعددة فيطلق عند هم بمعنى الثبوت وعــدم الانفصال، ويُطلق على ثبوت حق الانتفاع بالعقار المستأجر والبقاء فيه

١٣- أطلق بعض الفقهاء على حق الاستقرار الحق المؤكد لكونه حق استقر في عين معينة لم تملك بعد.

١٤- حـــق الاســـتقرار حق عيني فهو يمكن أن يكون لصاحبه من الاستقرار والبقاء.

١٥- الغـــرض مـــن حـــق الاســـتقرار إيجاد طريقة أكثر استقرارا من الإيجار لاستغلال الأرض بالبناء عليها أو بالغرس فيها.

الفصل الأول: ماهية الحكر ومتعلقاته وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في ماهية الحكر وموضوعه في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: أقسام الحكر في الفقه والقانون.

المبحث الثالث: أحكام الحكر في الفقه والقانون .

المبحث الرابع: حقوق المحتكر وواجباته.

المبحث الخامس: مدة الحكر ومتعلقاتها،وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيان المدة في الحكر.

المطلب الثاني: الحقوق المترتبة بمضي المدة .

المطلب الثالث: الأجرة الواجبة مقابل الحكر.

المطلب الرابع: انقضاء الحكر بتمام المدة أو فسخه.

الفصل الأول

ماهية الحكر ومتعلقاته وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول

ماهية الحكر وموضوعه في الفقه والقانون

تعريف الحكر:

الحكر في اللغة: الحكر ورد في اللغة لعدة معان منها:

الحَكر بفتح الحاء وسكون الكاف، وهو في الأصل الظلم والتنقص.

قال ابن منظور: حَكَرَه يَحْكِرُه حَكْرًا: ظلمه وتنقصه وأساء معاشرته[1].

وقال الأزهري[2]: الحَكْر الظلم والتنقص، وسوء العشرة، ويقال: فلان يَحْكِر فلانًا إذا أدخل عليه مشقة ومضرة في معاشرته ومعايشته[3].

وفي القاموس الفقهي: حَكَره- حَكْرًا: ظلمه وتنقصه، وحكره – أي أساء معاشرته فهو حَكِر.

وحكر فلان حكرًا: الحجّ

والحكر الشيئ القليل يقال طعام حَكرٌ أي قليل[4].

---

[1] انظر لسان العرب مادة حكر ٤/ ٢٠٨

[2] هو محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي أبو منصور أحد الأئمة في اللغة والأدب، مولده ووفاته في هراة بخراسان، نسبته إلى جده "الأزهر" عني بالفقه فاشتهر به أولا، ثم غلبت عليه التبحر في العربية فرحل في طلـــبها وقصـــد القبائل وتوسع في أخبارهم له مصنفات كثيرة منها: تهذيب اللغة و غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء وتفسير القرآن وغيرها، " الوفيات ١/ ٥٠١، ومفتاح السعادة ٩٧/١ ، الأعلام ٥/ ٣١١

[3] لسان العرب مادة حكر ٤/ ٢٠٨

[4] القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبي حبيب ص: ٩٥، ٩٦، الناشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان

ويـــأتي بمعنى العسر والالتواء ومنه رجل حكر وهو من يدخل على غيره المشقة في معاشـــرته، والاحـــتكار: أن يشتري الطعام ويحبسه ليقل فيغلو، والاسم منه الحكر والحكرة[1]

وفي القاموس وشرحه: الحكر اللجاجة والعسر، والاستبداد بالشيئ، أي الاستقلال وأصل الحكرة الجمع والإمساك.

أمـــا الحِكر بالكسر فقد انفرد بذكره الزبيدي[2] مستدركا له على القاموس، فقال: الحكر بالكسر ما يجعل على العقارات ويحبس مولده[3].

تـــبين أن معنى الحكر عند اللغويين يدور حول الظلم، والتنقص، وإساءة المعاشرة، والعســـر، والالـــتواء والاستبداد ولكن كل هذه المعاني تتعلق بالحكر الذي هو بمعنى حبس الأشياء التي تحتاجها الناس وبيعها عند غلائها.

والمعـــنى الـــذي نقصـــده لم يذكـــره علماء اللغة في قواميسهم، لأن هذا المعنى مستحدث، استحدثه فقهاء الحنفية حتى قال صاحب القاموس الفقهي والاستحكار عند الحنفية: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما.

فقـــد ذكر المعنى الاصطلاحي و لم يذكر المعنى اللغوي، ولكن إذا نظرنا إلى المعنى الاصـــطلاحي الـــذي يقصده العلماء المعاصرون يدور حول الحبس لأن الأرض أو الحانوت أو الشئ المستأجر يبقى محبوسا في يد المحتكر، فالمعنى اللغوي مراعي في المعنى الاصطلاحي للحكر.

---

[1] تاج العروس للزبيدي ١١/ ٧٢ تحقيق عبد الكريم الغرباو الناشر دار الهداية للطباعة والنشر والتوزيع.

[2] الزبيدي : هو محمد بن محمد بن عبد الرزاق، ينتهي نسبه إلى أحمد بن عيسى اشتهر بالسيد مرتضى الحســـين الزبـــيدي، ويكنى أبا الفيض وأبا الجواد وأبا الوقت ولد سنة ١١٤٥هـــ ومن تصانيفه: تاج العـــروس من جواهر القاموس، واتحاف السادة المتقين في شرح إحياء علوم الدين، وأسانيد الكتب الستة وعقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة وغيرها توفي سنة ١٢٠٥هـــ (الأعلام للزركلي ٧/ ٧٠)

[3] تاج العروس ١١/ ٧٢

الحكر في اصطلاح الفقهاء:

يطلق الحكر في اصطلاح الفقهاء على ثلاثة معان:

الأول: الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها.

ومـــن هـــذا الاستعمال ما قال ابن نجيم: " من بنى في الأرض الموقوفة المستأجرة مســـجدا وقفه لله تعالى فإنه يجوز، وإذا جاز فالإجارة تكون على من ؟ والظاهر أنها تكون على المستأجر ما دامت المدة باقية فإذا انقضت ينبغي أن تكون في بيت المال[1]"

تعـــريف ابـــن نجيم للحكر يدل على أن الحكر لا يكون إلا في الأراضي الموقوفة والمسألة خلافيه وسوف يأتي تفصيلها في أنواع الحكر.

وفي فـــتاوى عليش[2] " من استولى على الخلو يكون عليه لجهة الوقف أجرة للذي يؤول إليه الوقف يسمى عندنا بمصر حكرا لئلا يذهب الوقف باطلا[3]"

ومعنى هذا أن من استولى أو وقع في يده أرضا موقوفة أو حانوتا موقوفا يجب عليه أن يؤدي أجرة الأرض أو الحانوت إلى الوقف وهذا يسمى في مصر حكرا.

وتعريف عليش كذلك يدل على أن الحكر لابد أن يكون بأرض الوقف لأنه قال من استولى على الخلو يكون عليه لجهة الوقف أجرة....

الثاني: يطلق على العقار المحتكر نفسه فيقال: هذا حكر فلان[4]

---

[1] البحر الرائق ٥/ ٢٢٠ كتاب الوقف.

[2] عليش: هو محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله، فقيه من أعيان المالكية مغربي الأصل، من أهل طرابلس الغرب ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه، من تصانيفه: فتح العلي المالك في الفـــتوى عـــلى مذهب الإمام مالك و منح الجليل على مختصر الخليل و هداية السالك وحاشية على الشرح الصغير للدردير وغيرها توفي سنة ١٢٩٩هـــ (آداب اللغة ٤/ ٣٠٥، وإيضاح المكنون ١/ ٢٧١ ، والأعلام ٥/ ٢٠)

[3] فتاوى الشيخ عليش المسماة بـــ فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ٢/ ٢٤٣، مطبعة مصـــطفى الحلبي القاهرة سنة الطبع ١٣٧٨هـــ وحاشية الدسوقي على الدردير للشيخ شمس الدين محمى عرفة الدسوقي ٣/ ٤٦٧، الناشر دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي

[4] هذه الألفاظ وردت في الفتاوى الخيرية من ذلك مثلا "سئل: في أرض الوقف القراع إذا استحكر بأجرة=

الثالث: أن يطلق على الإجارة الطويلة، والغالب أن يسمى هذا النوع الاحتكار. والاستحكار بمعنى الاستئجار أي إجارة طويلة، ويسمى " التحكير" أو" الإحكار" بمعنى الإيجار أو التأجير[1].

قال ابن عابدين: " الاحتكار: إجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض[2]"

وفي الفتاوى الخيرية: " الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء أو الغراس، أو لأحدهما ويكون في الدار والحانوت[3] أيضا[4].

= المثل لاتخاذها دارا بعد أن ثبت أنها أجرة المثل وقيمة العدل لدى حاكم الشرع واتخذت دارا وانتقلت من مالك إلى مالك والآن ناظر الوقف ينازع في كون الأجرة دون أجرة المثل ويدعي أنها بغبن فاحش ويريد نقض البناء هل يقبل بمجرد قوله أم لا؟ وما حكم الأرض المحتكرة؟

أجاب: لا يقبل بمجرّد قول الناظر أن هذه الأجرة دون أجرة المثل والقول قول صاحب العمارة لأنه ينكر الزيادة كما هو ظاهر وليس للناظر نقض البناء بمجرد دعواه أنها دون أجرة المثل ومسألة الاحتكار صرح بها صاحب البحر ومنح الغفار وهي في أوقاف الخصاف وكثير من الكتب المعتبرة قالوا إن كانت العمارة إذا رفعت منها لا تستأجر بأكثر مما تقرر تترك في يد صاحب العمارة الذي بناؤه مقرر وإن كانت = تستأجر بالأكثر ورضي به فهو أولى بدفع الضرر وإن لم يرض به رفع إن لم يلحق برفعه ضرر وإن لحق الأرض ضرر يتربص وقيل للناظر أن يأخذه للوقف بأقل القيمتين مقلوعا وغير مقلوع والحاصل أنه لا ضرر ولا ضرار وهو بإطلاقه يشمل الاحتكار فالواجب في مثل ذلك على القضاة النظر من الجهتين جمعا بين الجانبين بما لا ضرر فيه ولا شين والله أعلم. (الفتاوى الخيرية ص: ١٩٧ طبع دار سعادت عام ١٣١١) هذا و لم نطلع على تسمية الشافعية لها بهذا الاسم .

[1] انظر منحة الخالق حشية على البحر الرائق لابن عابدين ٥/ ٢٢ المطبعة العلمية بالقاهرة، ومرشد الحيران لقدر باشا ص ٩٦ مطبعة بولاق القاهرة سنة ١٣٠٩هـ وقانون العدل والإنصاف المادة : ٣٣١.

[2] حاشية ابن عابدين على رد المحتار ٥/ ٢٠.

[3] الحانوت مفرد جمعه الحوانيت وهي الدكاكين ومعناه في الأصل دكان الخمار، وهو يذكر ويؤنث وقد ورد في الشعر العربي بهذا المعنى كثيرا. وقد تغير معناه اليوم وصار اللفظ المستعمل بدله دكان وهو فارسي معرب فمحال التجارة الآن نسمي دكاكين. (كتاب المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص: ١٦٥، الطبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية للباعة والنشر والتوزيع كراتشي باكستان).

[4] قانون العدل والإنصاف المادة - ٣٣٢

وصاحب القاموس الفقهي قد ذكر التعريف نفسه الذي ذكره صاحب الفتاوى الخيرية حيث قال: " والاستحكار عند الحنفية: عقد يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغراس أو لأحدهما[1]"

لعله نقل من الفتاوى الخيرية حيث أن قوله " الاستحكار عند الحنفية" يدل على ذلك.

وعرفه عبد الرزاق السنهوري بقوله: " الحكر عقد يؤجر به مالك العقار عقاره لمستأجر إلى الأبد أو لمدة طويلة في مقابل أجرة المثل[2]".

وورد في القانون المدني المصري معنى الحكر مثل ما ذكره الفقهاء فقد ورد في القانون أن حق الحكر هو حق يخول المحتكر الانتفاع بأرض للغير في مقابل أجرة المثل، وذلك بالبناء أو الغرس أو غيره، ويكون المحتكر مالكا لما يحدثه من بناء أو غراس أو غيره[3].

وقد ورد في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية في القانوني المدني المصري: " التحكير أو الحكر عبارة عن نوع من أنواع استغلال الأرض الموقوفة، ويكون بتأجيرها، لغرض معين كالبناء والغراس دون تقيد بمدة معينة، فهو تمليك المحتكر حق البقاء والقرار في الأرض المحتكرة ما دام ملتزما بدفع أجرة المثل وهو في الواقع عقد غير صحيح لأنه عبارة عن إجارة مجهولة، وإنما أجازوه استثناء للضرورة[4].

وذكر مصطفى أحمد الزرقاء تعريف الحكر وقال: " هو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا معجلا يقارب قيمة الأرض ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفي سنويا لجهة الوقف

---

١ القاموس لغة واصطلاحا ص ٩٥.

٢ انظر عقد الإيجار ص: ٢٠٠ الناشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣ أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٣٠٠ الطبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٤ موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ٧٦٠/١٥ ط القاهرة.

من المستحكرأو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع"[1].

ولعــل تعــريف الدكتور السنهوري أشمل وأرجح من بقية التعريفات لأنه شامل لنوعي الحكر(الحكر في الأوقاف وفي الأملاك الخاصة) ومساير لما جرى عليه العمل الآن في معاملات الناس، ولأن الإطلاق الأول فغير جامع.

وتعريف ابن نجيم يشمل الحكر الجاري في الأرض الموقوفة فقط، وكذلك تعريف الشيخ عليش يحصر الحكر في الأرض الموقوفة.

والإطــلاق الــثاني حينما أطلق الحكرعلى نفس العقار فهذا فيه الدور،لأنه أطلق الحكــر على العقار، والعقار من ضمن الحكر، فيتوقف تعريف أحدهما على الأخر، وهذا هو الدور، والتعريف يجب أن يكون خاليا من الدور.

وأمـــا تعريف ابن عابدين فيختص بالأرض فقط دون بقية الأشياء غير المنقولة فهو تعريف غير جامع.

ولـــذا قلـــت أن تعريف الدكتور السنهوري راجح لأنه يشمل نوعي الحكر كما يشمل العقارات كلها بما فيها الأراضي والله أعلم.

الألفاظ التي لها صلة بالحكر:

هـــناك عدة مصطلحات استعملها الفقهاء وعلى الخصوص فقهاء الحنفية لها صلة بالحكر وحق الاستقرار وهي:

أ- الفراغ والإفراغ:

يظهـــر من استعمال الفقهاء لهذين اللفظين أن المراد بهما التنازل عن حق من مثل وظـــيفة لها راتب من وقف ونحوه[2] أو التنازل عن الخلوّ من مالكه لغيره بعوض، فهو

---

[1] الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل إلى نظرية التزام العامة في الفقه الإسلامي ٣/ ٤٠.

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٦ ، ٤/ ١٤ ، ٥/ ١٨

بيع للمنفعة المذكورة، إلا أنه خص باسم الإفراغ تمييزا له عن البيع الذي ينصرف عند الإطلاق إلى بيع الرقبة، ولعله إنما سمي فراغا لأن مالكه لا يملك رقبة الأرض بل يملك حق التمسك بالعقار أو بعض المنفعة، وقد وقع بهذا المعنى في كلام الشيخ عليش[1].

ومثال ذلك إذا كانت لرجل وظيفة قائمة في الوقف يحصل منها على راتب، كإمام المسجد أو المؤذن أو موظف آخر، وكانت هذه الوظيفة دائمة بحكم شرائط الوقف مثلا، فإن الموظف يملك حق البقاء على هذه الوظيفة وإبقاء عقد إجارته طول حياته، وقد تحدث الفقهاء عن الاعتياض عن هذا الحق، فأما الاعتياض عنه بطريق البيع فلم يجوزه أحد، وأما الاعتياض عنه بطريق التنازل والصلح، فقد اختلفت فيه أقوال الفقهاء، فمنهم من منعه بحجة أنه حق مجرد لا يجوز الاعتياض عنه، ومنهم من أجازه.

أما الحنفية فقد صرحت جماعة من متأخريهم بجواز النزول عن الوظائف بمال.

وكذلك الشافعية أفتى المتأخرون منهم بجواز النزول عن الوظائف بمال، يقول العلامة الرملي رحمه الله تعالى: " وأفتى الوالد رحمه الله بحل النزول عن الوظائف بالمال، أي لأنه من أقسام الجعالة، فيستحقه النازل ويسقط حقه"[2].

وكذلك يبدو الحكم في مذهب الحنابلة، فإنهم ذكروا أن من حاز وظيفة في الوقف صار أحق بها، ويجوز له أن ينزل عنها لغيره، ولا يجوز له بيع هذا الحق"[3].

أما المالكية فلم أجد عندهم شيئا صريحا في باب النزول عن الوظائف، ولكنهم يجيزون بيع الجامكية[4] فربما يقاس عليه النزول عن الوظائف[5].

---

[1] فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠

[2] نهاية المحتاج ٥/ ٤٧٨.

[3] الإنصاف للمرداوي ٦/ ٣٧٦، وكشاف القناع ٤/ ٢١٦.

[4] الجامكية مفرد جمعه الجوامك، وهي مبلغ معلوم يقرر لرجل كعطاء، من بيت المال، ولا يجوز بيعه عند الحنفية لكونه بيع الدين من غير من عليه الدين.

[5] مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٢٢٤.

وربما يستدل على جواز النزول عن الوظائف بمال بنزول سيدنا الحسن بن علي رضي الله عنهما عن الخلافة لمعاوية رضي الله عنه فإنه صالحه على مال، ويقول العلامة بدر الدين العيني[1] تحت هذا الحديث: " وفيه جواز خلع الخليفة نفسه إذا رأى في ذلك صلاحا للمسلمين، وجواز أخذ المال على ذلك وإعطائه بعد استيفاء شرائطه بأن يكون المنزول له أولى من النازل وأن يكون المبذول من مال الباذل"[2].

والذي يستخلص من كلام الفقهاء في هذا الباب أن بيع حق الوظيفة لا يجوز عندهم، ولكنه يجوز عند جمهور الفقهاء المتأخرين أن يتنازل صاحب الوظيفة عن حقه، ويأخذ على ذلك مالا من الذي تنازل عن حقه.

ووجه التسمية بذلك أن الفراغ الخلاء، والإفراغ الإخلاء، فالمتنازل يفرغ المحل من حقه ليكون الحق لغيره.

ب – المُرصَد:

هو أن يستأجر رجل عقار الوقف من دار أو حانوت مثلا ويأذن له المتولي بعمارته أو مرمّته الضرورية من ماله عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره أو مرمّته بها، فيعمره المستأجر من ماله على قصد الرجوع بذلك في مال الوقف عند حصوله أو اقتطاعه من الأجر في كل سنة أو شهر مثلا، وهذه العمارة ليست ملكا للمستأجر بل هي وقف، فلا تباع ولا يصح بيع المستأجر لذلك الدين، لأن الدين لا يجوز بيعه.

---

[1] هو الإمام العلامة بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد المعروف بالبدر العيني ولد سنة ٧٦٢هـ له مؤلفاتكثيرة منها: عمدة القاري شرح الجامع الصحيح البخاري، وشرح لامية ابن الحاجب في العروض، توفي سنة ٨٥٥ه (مقدمة عمدة القاري شرح صحيح البخاري)

[2] عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبواب الفتن، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم -: إن ابني هذا السيد ٢٤/ ٢٠٨ من طبع المنيرية.

ولكن إذا أراد المستأجر الخروج من الدكان يجوز له قبض دينه من المستأجر الجديد ويصير ذلك له كما كان للمستأجر السابق[1].

وفي ذلك يقول ابن عابدين: " هو في الأصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقار مقابل ما يرفعه بإذن المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف، ثم يؤجر منه بأجرة مخفضة، لماله من دين على الوقف"[2]

وقريبا من هذا المعنى الذي ذكره ابن عابدين ما ذكره قدرى باشا حيث قال: " المرصد هو دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عمر من ماله عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف بإذن ناظره عند عدم مال حاصل في الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها"[3].

ويرى المالكية وبعض الحنفية أنه يجب مراعاة شروط المرصد ولا تجوز مخالفتها، إذا كانت على وفق الأوضاع الشرعية.

وذكر مصطفى الزرقاء معنى المرصد وقال: هو في الأصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقار مقابل ما ينفقه بإذن المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف، ثم يؤجر منه بأجرة مخفضة لما له من دين على الوقف.

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق القرار في عقار الوقف يورث ويتنازل عنه بالفراغ، بأن يأخذ صاحبه دينه من آخر يحل محله في العقار بإذن المتولي[4].

هذا وقد بين الدكتور عبد الستار أبو غدة الأمين العام للهيئة الشرعية الموحدة[5] الفرق بين الوقف والمرصد فقال " إن الإرصاد صيغة تشبه الوقف، ولكنها تختلف عنه من حيث مصدر الأموال، والمحل "موضوع التصرف" وكذلك إمكانية تغيير شكله

---

[1] انظر تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٠٠

[2] حاشية ابن عابدين على رد المحتار ٣/ ٤٣٦

[3] مرشد الحيران المادة: ٧٠٩

[4] الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤٢.

[5] مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد ٢٦٢ محرم سنة ١٤٢٤ هـ مارس ٢٠٠٣م ص ٤٠

وإبداله وتحويله بمرونة، وإذا اقتضى الأمر يمكن تسبيله وصرفه في أغراضه أو أغراض شبيهة، في حين أن الوقف لا يجوز فيه الاستبدال إلا بشروط محددة مع رقابة القضاء، وفيما يأتي بيان تلك الفروق بين الوقف والإرصاد:

أ- الفرق الأول: وهو سبب لجوء الفقهاء إلى الإرصاد: تخلف أحد شروط الوقف، وهو شرط ملك الواقف لما يريد أن يقفه، وقد أثير هذا بمناسبة قيام بعض أولي الأمر بوقف أراض مملوكة لبيت المال وليست لهم، وهذا فرق جوهري بين الوقف والإرصاد.

ب – الفرق الثاني: يتعلق بالمرصد " محل الإرصاد" وبالرغم من أنه لا يرجع إلى شرط الملك " المشار إليه في الفرق الأول" فإنه ذو صلة به، وهو أن الموقوف في الوقف هو الرقبة أو العين عند جمهور الفقهاء "باستثناء المالكية" وذلك إخراجها من ملك صاحبها لتصبح وقفا، أما في الإرصاد فيمكن الوقف، ويمكن أن يكون محله المنفعة وذلك بتخصيص جهة بالانتفاع بها وليس حبسا للرقبة، فالأعيان المرصدة تبقى ملكيتها كما كانت، سواء كانت في الأصل مملوكة لبيت المال، أو لمالك خاص كما لو كان الشخص قد حصل على العين من بيت المال للانتفاع بها فقام بإرصادها لمنفعة غيره أو لمنفعة جهة عامة، حيث صرح الفقهاء بأن المرصد عليه يحق له أن يرصد.

ج- الفرق الثالث: هو إمكان التغيير للمرصد عليه بتحويله إلى ما تحقق فيه مصلحة أقوى، وهذا وإن كان قد روعي في الوقف، إلا أنه مشروط بالنقل إلى مثل ما يحقق شرط الواقف أو ماهو أقرب إليه، أما في الإرصاد فلا يشترط ذلك، بل يكفي ظهور الأصلح، وألا يؤدي التغيير إلى إبطال الإرصاد.

جمهور الحنفية على أنه يجوز للإمام مخالفة شروط الإرصاد، بمعنى أنه إذا رأى ولي الأمر المصلحة في زيادة فيه، أو نقص في مصارف الوقف المذكور، يسوغ له

ذلـــك، وليس المراد أن يصرفه عن الجهة التي عينت في الإرصاد كأن يمنع من عين فـــيه ويصرف استحقاقه لغيره، فحينئذ لا يصح العدول، وقد صرح العلامة أبو السـعود بجواز مخالفة الإمام شروط الإرصاد، لأن المرصد من بيت المال أو يرجع إليه.

مشمولات الإرصاد (التخصيص)

الإرصـــاد يكـــون في المنقولات ولوكانت نقودا، وإن كان الغالب أن يكون الوقـــف في غـــير المنقولات وقد بين الشيخ عمر حلمي صاحب كتاب " إتحاف الأخـــلاف في أحكـــام الأوقاف"[1] أن الإرصاد قد يكون مقتصرا على العشر أو الخراج المستحصل عليه من أراض مملوكة لأصحابها إذا وقف السلطان عشرها أو خراجها فيمايلي :

المواضـــع الـــتي كانـــت مـــن الأراضـــي الأميرية وقفا غير صحيح من قبيل التخصيصات الآنفة الذكر، وهي على ثلاثة أنواع:

أولها: أراض وقفت السلطنة السنية أعشارها ورسومها فقط على جهة وبقيت حقوقها التصرفية كرقبتها عائدة إلى جانب بيت المال.

ثانـــيها: أراض وقفت السلطنة السنية حقوقها التصرفية فقط على جهة بقيت أعشارها ورسومها عائدة إلى بيت المال.

ثالـــثها: أراض وقفـــت السلطنة السنية كلا من حقوقها التصرفية وأعشارها ورسومها على جهة.

فالنوع الأول تعود رسومات أراضيه كالأعشار وخراج الفراغ والانتقال وبدل المملوك إلى جهة الوقف.

وتحـــال أراضيه وتفوض للزراع من جانب بيت المال كبقية الأراضي الأميرية الصرفة لأن حقوقها التصرفية عائدة إلى بيت المال.

---

[1] إتحاف الإخلاف في أحكام الأوقاف للشيخ عمر حلمي ص ٩١ طبع البهاء حلب سنة ١٣٢٧هـ

والـــنوع الثاني والثالث: يتصرف الوقف بأراضيه فيزرعها ويحرثها أو يؤجرها ويعقد عليها مزارعة.

وأعشار النوع الثاني منهما تدفع إلى بيت المال دون أعشار النوع الثالث.

جـــ: الكردار:

الكـــردار بكسر الكاف مثل البناء والأشجار والكبس إذا كبسه من تراب نقله من مكان كان يملكه[1].

والكردار هو مايحدثه المزارع والمستأجر في الأراضي الموقوفة من بناء أو غراس أو كبس[2] بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى في يده[3].

فالكردار أعيان مملوكة للمستأجر في الأرض الزراعية.

وهذا ما ذكره ابن عابدين حيث قال: " الكردار هو أن يحدث المزارع أو المستأجر في الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقف أو الناظر.

وعلاقته بالقرار أن الكردار أحد الأمور التي تثبت حق الاستقرار"[4].

وهذا المعنى الذي ذكره الفقهاء ورد في القانون أيضا حيث ورد في محكمة طنطا[5] الاســـتئنافية في ١٠ يونية سنة ١٨٩٧م الكردار: إذا كبس أنسان أرض وقف بتراب مملوك لنفسه أو أحدث بناء أو غرس أشجارا فيها بإذن المتولي عليها سمي ذلك كردارا وحكم الشريعة الغراء فيه هو أن لا يصح نزع الأرض من يد من أجري فيها ذلك متى كـــان قائما بدفع أجرة مثلها قبل إصلاحها وله حق الاستمرار عليها حيث لا ضرر

---

[1] انظر المغرب والقاموس المحيط ١/ ٣٣٢

[2] المراد بكبس التراب ما ينقله إلى تلك الأرض لإصلاحها إذا أتى به من خارجها" القاموس المحيط: ١/ ٣٣٣"

[3] انظر الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠ ، والفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٩

[4] حاشية ابن عابدين على رد المحتار ٤/ ١٦

[5] طنطا مدينة مشهورة في مصر

على الوقف، فإن تعذر تقدير المثل وقام التنازع فيه كانت المحاكم الأهلية هي المختصة بـنظره إذ يكون نظرها في ذلك ليس واقعا في أصل الوقف ولا ماسا بحكم الشريعة الذي لم يتعرض لتعيين أجر المثل [1].

وقـد جـاء في حيثيات الحكم ما يأتي: حيث إن الكردار على ما هو مذكور في القاموس وغيره من كتب اللغة هو مثل الأشجار والكبس إذا كبسه من تراب نقله من مكـان كان يملكه الكابس، وحيث أن المنصوص عليه في تنقيح الفتاوى الحامدية من بـاب مسد المسكة أن صاحب الكردار يثبت له حق القرار بأجرة مثل الأرض خالية عن الكردار حيث لا ضرر على الواقف وإن أبى الناظر، نظرا لجهة صاحب الكردار وجهة الوقف، وهذا إذا ثبت أن الكردار وقع بإذن المتولي على الأرض ... وحيث أنه مذكـور في تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب الإجارة تمرة ١٢٩ ما مضمونه أنه إذا تـنازع الناظر على أرض الوقف وصاحب البناء فيها في أجر المثل بأن ادعى صاحب البناء أن ما يدفعه في مكانه هو أجر المثل والناظر يدعي أن أجر المثل زائد عما يدفعه صاحب البناء (لا يستجيب المستأجر لقول الناظر) فالحكم أن القول يكون لصاحب البناء وعلى الناظر إثبات ما ادعاه من الزيادة[2]

المقارنة:

يـتفق القانون في معنى الكردار مع الفقه فليس بينهما خلاف في معناه لأن المعنى الوارد عند الفقهاء هو ما ذكره القانون لأن كلا من الفقه والقانون يذكر أن الكردار هـو أن يحـدث المزارع أو المستأجر في الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقـف أو الناظر، فالقانون قد أخذ هذا المعنى من الفقه ويدل على ذلك أن القانون قد أشار إلى المعنى الذي ذكره صاحب تنقيح الفتاوى الحامدية وأخذ منها، فهو يدل على أن القانون قد رجع في معنى الكردار إلى الفقه.

---

[1] عقد الإيجار للدكتور السنهوري ص ٢٠٠

[2] المصدر نفسه ص ٢٠٠

د – الكدك أو الجدك

الكدك أو الجدك قد ورد لعدة معان منها:

١- أكثر ما يطلق على ما يضعه في الحانوت مستأجر من الأعيان المملوكة له المتصلة بمبنى الحانوت اتصال قرار، أي " وضع لا ليفصل" كالبناء وسمي هذا النوع في بعض الفتاوى بالسكنى.[١] لأن غالبا ما يستعمل للسكنى.

٢- ويطلق على ما يوضع في الحانوت متصلا لا على سبيل القرار، وذلك كالرفوف التي تركب في الحانوت لوضع عدة الحلاق مثلا فإنها متصلة لا على وجه القرار.

٣- ويطلق على المنفعة المقابلة للدراهم التي يدفعها صاحبها إلى المالك أو ناظر الوقف لتستعمل في مرمّة الوقف أو بناء الأرض الموقوفة عند عدم وجود ما يرمّ به أو يبنى، ويشترط دافعها أن تكون له حق القرار في المحل المستأجر وجزء من المنفعة، وتسمى بالخلو أيضا.

٤- ويطلق أيضا على الأعيان التي توضع للاستعمال في الحانوت دون اتصال أصلا كالبكارج[٢] والفناجين بالنسبة للمقاهي، والفوط بالنسبة للحمام

هذا وقد ذكر ابن عابدين معنى للكدك قريبا من المعنى الأول حيث قال: " الكدك لفظ تركي الأصل- يطلق على ما هو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها اتصال قرار ودوام، لعلاقته الثابتة بالعمل الذي يمارس في هذا العقار، وقد جرت العادة أن

---

١ حاشية الأشباه للحموي ١/ ١٣٦، والفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٩- ٢٠٠

٢ البكارج : أباريق الشاي

ينشئ مستأجر عقار الوقف هذا الكدك فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته بإذن متولي الوقف"[1]

وقال في موضع آخر: " وما ذكره من حق الكدك خصوصا في زماننا هذا، وأما ما يتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى خلوه بمال كثير، وأنه بهذا الاعتبار تصير أجرة الوقف شيئا قليلا فهو تمسك باطل، لأن ما أخذه منه صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الدافع هو المضيع ماله فكيف يحل له ظلم الوقف، بل يجب عليه دفع أجرة مثله وإن كان له فيه شيئ زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى في عرفنا بالكدك وهو المراد من لفظ السكنى المار، فإذا لم يدفع أجرة مثله لم يؤمر برفعه، إن كان موضوعا بإذن الواقف أو أحد النظار ويرجع هذا إلى مسألة الأرض المحتكرة المنقولة في أوقاف الخصاف حيث قال: " حانوت أصله وقف وعمارته لرجل وهو لا يرضى أن يستأجر أرضه بأجر المثل، قالوا إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه، ويؤجر من غيره، وإلا يترك في يده بذلك الأجر.

وقوله: وإلا يترك في يده يفيد أنه أحق من غيره حيث كان ما يدفعه أجر المثل فهنا يقال ليس للمؤجر أن يخرجه ولا أن يأمره برفعه إذ ليس في استبقائه ضرر على الوقف مع الرفق به بدفع الضرر عنه، وعن هذا قال جامع الفصولين وغيره: بنى المستأجر أو غرس في أرض الوقف صار له فيها حق القرار، وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل.

وقد يقال: إن الدراهم التي دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الأرض بالتراب فيصير له حق القرار، فلا يخرج من يده إذا كان يدفع أجر المثل، ومثله ما لو كان يرم دكان الوقف، ويقوم بلوازمها من ماله بإذن الناظر، أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون

---

[1] حاشية ابن عابدين على رد المحتار ٤/ ١٧

شـــيئ ممـــا ذكـــر فهو غير معتبر فللمؤاجر إخراجها من يده إذا مضت مدة إجارته وإيجارها لغيره"[1]

فمعنى الكدك يدور حول ما هو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها اتصال قرار وقـــد يكون غير قرار وكذلك يطلق على المنفعة المقابلة للدراهم التي يدفعها صاحبها إلى المـــالك أو ناظر الوقف لاستعمالها في تصليح الوقف من بناء الأرض وغيرها عند عدم وجود ما يبني به.

والمعنى الذي ذكره الفقهاء للكدك ورد عند فقهاء القانون المصري فقد قال قدري باشـــا: " الكدك يطلق على الأعيان المملوكة للمستأجر المتصلة بالحانوت على وجه القـــرار كالبـــناء أو لا على وجه القرار كالآت الصناعة المركبة به ويطلق أيضا على الكردار في الأراضي كالبناء والغراس فيها[2]

وقـــد قضت المحكمة المختلطة بأن الكدك يطلق على ما يبنيه مستأجر أرض الوقف من ماله لنفسه بإذن المتولي سواء جعل بناءه حانوتا للتجارة أو الصناعة ويكون الكدك على الأرض الموقوفة فمن ادعى بأن له كدكا على أرض انطوى تحت دعواه إقرار منه بأن الأرض وقف[3].

وقال مصطفى الزرقاء: الكَدك (بفتح فكسر) لفظ تركي الأصل[4] يطلق على ما هو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها اتصال قرار ودوام لعلاقته الثابتة بالعمل الذي يمارس في هذا العقار.

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢٢

[2] مرشد الحيران: المادة: ٧٠٤

[3] "٧ فبراير سنة ٩٠١ امج ط ١٣ ص ١٤٠" نقلا عن مرشد الحيران لقدري باشا المادة: ٧٠٧

[4] أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لأجل التجارة أو الصناعة قد يحتاج إلى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجارته كالرفوف والمصاطف والمواقد(وهذه تسمى كدكا) فلا يبنيها له متولي الوقف لأن المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه، لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله، فإذا انقضت مدة الإيجار وأراد متولي الوقف إخراجه يتضرر

وقــد جرت العادة أن ينشئ مستأجر الوقف هذا الكدك فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته بإذن متولي الوقف.

وقــد يسمى الكدك: "سكنى" في الحوانيت الصناعية أو التجارية، كما يسمى: " كردارا" في الأرض الزراعية.

وقــد أقروا ملكية كل من الكدك والكردار للسمتأجرين، فيوهب ويورث ويباع، ولكــن لا شفعة فيه، وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق لمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقــار الوقف خاليا عنه وإن أبى المتولي، إذ لا ضرر على الوقف مادام المستأجر يدفع للوقف أجر المثل، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه(قانون العدل والإنصاف لقدري باشا المادة ٣٤٧، ٣٤٨).

ويبقى هذا الحق لأصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف وأوجر لغيرهم، فتوزع الأجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن كل من الكدك وأصل العقار، ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت ا لقوانين نسبة ما يعود من الأجرة السنوية لكل من الجانبين[١]

هــ - مشد المسكة[٢]:

المشد مأخوذ من الشدة بمعنى القوة أي قوة التسمك.

المستأجر بما صرف عليها، وبما أن عقار الوقف معد للإيجار بصورة دائمة (بخلاف عقار الملك فإن مالكه قد يحتاج إلى سكناه بنفسه) لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز إخراج المستأجر صاحب الكدك مادام يدفع للوقف أجر المثل، وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية.

ثم آل الأمر مع الزمن إلى أن أصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك الأوقاف كلها بسبب حق القرار المرتب لهم، فيتصرفون في العقار كمالكين وللوقف أجر سنوي ضئيل رمزي بنسة اثنين أو ثلاثة في الألف ن القيمة لا يستطيع تحصيله!!

١ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤٣- ٤٤

٢ "المشد" بفتحتين مع تشديد الدال، و"المَسَكة" بفتحات، وزان" سمكة" وهو لفظ مشتق من "الشد والتمسك"ويتجلى فيه ركاكة التعبير الموروثة من العهد التركي(الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤٤)

ومشد المسكة اصطلاح للحنفية المتأخرين يقصدون به استحقاق الزراعة في أرض الغير، وهو من المسكة لغة وهي ما يتمسك به. قال تعالى: " والذين يمسّكون بالكتاب وأقاموا الصلاة..."[1]

قال ابن عابدين: فكأن المسلم للأرض (أي الأرض المملوكة لبيت المال غالبا) المأذون له من صاحبها في الحرث صار له مسكة يتمسك بها في الحرث فيها."قال " [2]

وقال: " مطلب في بيان مشد المسكة – وأن بيع المسكة لا يجوز، لأنها عبارة عن كراب[3] الأرض، وكرى أنهارها، سميت مسكة لأن صاحبها صار له مسكة بحيث لا تنزع من يده بسببها، وتسمى أيضا مشد مسكة لأن المشد من الشدة بمعنى القوة أي قوة التمسك، ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية، ومن أحكامها: أنها لا تورث، وإنما توجه للابن القادر عليها دون البنت وعند عدم الابن تعطى للبنت، فإن لم توجد فللأخ لأب، فإن لم يوجد فللأخت الساكنة في القرية، فإن لم توجد فللأم" .

وذكر الشارح في خراج الدر المنتقى: " أنها تنتقل للابن ولا تعطى البنت حصته، وإن لم يترك ابنا بل بنتا لا يعطيها ويعطيها صاحب التيمار[4] لمن أراد. وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الأراضي التي تحيا وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعلى

---

1 سورة الأعراف الآية ١٧٠.

2 انظر تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٨، وقانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف لقدري باشا المادة ٣٣٠

3 ورد في الحاشية قوله " لأنها عبارة عن كراب...الخ" فيه أنها عبارة عن التمسك الحاصل بسبب المكري والكراب لا نفس الكراب والكري، وإلا لكان عدم جواز بيعها صريح كلام الولوالجية. حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢٤.

4 التيماري هو الرجل الذي يوجهه السلطان لأخذ خراج الأرض. انظر حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢٤

تقدير أن تعطى للغير بالطابو[1] فالبنات لما كان يلزم حرمانهن من المال الذي صرفه أبوهـــن ورد الأمر السلطاني بالإعطاء لهن لكن تنافس الأخت البنت في ذلك، فيؤتى بجماعة ليس لهن غرض، فأي مقدار قدروا به الطابو تعطيه البنات ويأخذن الأرض" [2]

ونقل في الحامدية أنه إذا وقع التفويض بلا إذن صاحب الأرض يعني التيماري الذي وجه السلطان له أخذ خراجها لا تزول الأرض عن يد المفوض حقيقة، فكانت في يد المفوض إليه عارية، وإذا كانت الأرض وقفا فتفويضها متوقف على إذن الناظر لا على إجـــازة التيمار، ولا تؤجر ممن لا مسكة له مع وجوده بدون وجه شرعي وإذا زرع أجـــنبي فـــيها بلا إذن صاحب المسكة يؤمر بقلع الزرع ويسقط حق صاحبها منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا[3]

والخلاصة أن مشد المسكة عبارة عن استحقاق الزراعة في أرض الغير.

وقـــد وردهـــذا الحق في القانون أيضا فقد ذكر مصطفى الزرقاء نقلا عن القانون المدني المصري وقال: " وهناك حقوق أخرى عرفت باسم "القميص" و "مشد المسكة" و"القيمة"

وقـــد أقـــروا أيضا لأصحابها حق قرار على عقار الوقف بأجر المثل ترجيحا على سواهم من المستأجرين.

فالقميص" حق لمستأجر دار الرحى الموقوفة يخوله البقاء فيها لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه.

---

[1] الطابو بمعنى الثبوت ولكن الفقهاء المتأخرين استعملوه بمعنى القرار المعروف حاليا حيث جاء في مجلة الأحكـــام: " وكل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال مثلا سفل ملك لواحد وفوقانية لآخر فلصاحب الفوقاني حق الطابو في التحتاني" الطابو بمعنى القرار المجلة ١/ ٢٣٠

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢٤

[3] المصدر نفسه ٤/ ٥٢٤.

ومشـد المسكة: حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له فيها من حرث وسماد، إذ يتضرر لو أخرج منها.

والقـيمة :حـق مسـتأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك لما له من أصول المزروعات التي تدوم كالفصفصة، أو من سمارة الجدر المحيطة التي أنشأها هو.

ومثـلها ما يكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم ثابتة، وهي نظير الكدك[1]

[1] الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤٤ -٤٥

موضوع الحكر:

موضوع الحكر إما أن يكون إجارة الوقف المخرب الذي لا يكفي ريعه لتصليحه ولا كذلك استبداله فيضطر الناظر إلى تحكيره وذلك بعد أخذ الإذن من القاضي، لأن الحكـــر يعتـــبر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة. وإما أن يكون عقارا غير موقوف. وقد قال عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد: " جرت ا لعادة بأن العقار المؤجـــر يكون وقفا مخرّبا، ولا يكفي ريعه لتصليحه، ولا يمكن استبداله، فيلجأ ناظر الوقف إلى تحكيره بعد أخذ إذن القاضي، لأن الحكر يعتبر من أعمال التصرفات لا من الأعمال الإدارية، إذ أنه يعطى للمحتكر " المستأجر" حقا عينيا، على العقار المحتكر، ولكن يجوز أيضا أن يكون الحكر موضوعه عقار غير موقوف" [1].

وتمـــيما للفـــائدة نشير إلى عقد الامفتيوز[2] لأنه يشبه عقد الحكر، حيث أن الفائدة الاقتصادية لعقد الحكر هي: " تمكين مالك العقار المخرّب من استغلاله واصلاحه وهو

---

[1] عقد الإيجار ص ٢٠١

[2] قال الدكتور السنهوري: عقد الامفتيوز منشأ هذا العقد القانون الروماني، وانتقل إلى القانون الفرنسي القديم، وكان من الجائز أن يكون دائميا حتى صدر قانون ١٨ديسمبر سنة ١٧٩٠ في فرنسا فقضى أن تكون أقصى مدته تسعا وتسعين سنة، ولم يتعرض قانون نابليون لذكره ولكن صدر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٠٢م يـــنظم هذا العقد ويختلف عن عقد الإيجار المعتاد في أن مدته طويلة" من ١٨ سنة إلى ١٩سنة على أن عقد الإيجار المعتاد قد تبلغ مدته تسعا وتسعين سنة كما تقدم" وأن المستأجر يلتزم عادة بتصليح الأرض ويجعـــلها قابلـــة للزراعة وأن الأجرة تكون زهيدة في مقابل هذا الالتزام وأن حق المستأجر عيني فيســـتطيع أن يرهنه " محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يناير سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٤- ١- ٩١" وأن يبيعه وأن يرتـــب له أو عليه حقوق ارتفاق، وعند نهاية الإيجار يرد المستأجر العقار خاليا من كل تصرف ولا يدفع المؤجر شيئا مقابل ما أحدثه المستأجر من الإصلاحات ويجوز فسخ العقد إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالـــتزاماته ولكن إذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة فلا يجوز فسخ العقد إلا إذا كانت الأجرة المتأخرة أجـــرة ســـنتين على الأقل ويرى الأستاذ جرانمولان " العقود فقرة ٤٥٩" إن أحكام الحكر في الشريعة الإسلامية مأخوذة من أحكام عقد الامفتيوز التي كانت معروفة في القانون الروماني، يؤيد هذا الرأي أن صاحب كتاب مطلع الدراري لما تكلم عن الحكر " ص ٥٢" قال: " في الامفتيوز أو الحكر" " انظر عقد الامفتيوز بودري وفال فقرة ١٤٤٣ – ١٤٦٣".

من هذه الناحية يشبه عقدا آخر معروفا في القانون الفرنسي باسم الامفتيوز (emphyteose) ولا فرق تقريبا بين العقدين إلا في أمرين:

الأول: الأجرة في الحكر هي أجرة المثل فتختلف زيادة ونقصا، أما في عقد الامفتيوز فالأجرة ثابتة، وتكون عادة أجرة زهيدة.

الثاني: الحكر قد يكون دائميا وقد يكون لمدة طويلة.ولكن عقد الامفتيوز لا يجب أن تزيد مدته على تسع وتسعين سنة.[١]

وقال الدكتور عبد المنعم فرج الصده: " يكون الحكر عادة إذا كان الوقف مخربا ولا يكفي ريعه لإصلاحه ولا يمكن استبداله، فيكون تحكيره إصلاح له.

ولا يجوز التحكير إلا بإذن من المحكمة، ويجب أن يتم بعقد رسمي، ولا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة) القانون المدني المصري المادة ٩٩٩)[٢].

هذا وينبغي علينا أن نشير إلى مصدره فنقول إن مصدر الحكر هو الشريعة الإسلامية، لأنه لم تنص عليه المجموعة المدنية الملغاة[٣]، ولبيان ماهيته وأحكامه كانت المحاكم ترجع إلى قواعد الشريعة[٤]

أقول: بعد التتبع والبحث تبين لي أن عقد الحكر قد تعرض علماء المسلمين لذكره، واشتهر بينهم ففي مذهب الإمام مالك تكلم عنه العلامة ناصر الدين اللقاني المالكي، بناه على العرف، وكذلك في المذهب الحنفي تكلم عنه صاحب الفتاوى الخيرية وابن عابدين وغيرهما، ومن ثم سواء قلنا بجوازه أو عدمه فالحكر قد عرفه العلماء منذ القدم وليس مأخوذا من الفقه الغربي كما يدعي الأستاذ جرانمولان (عقد الإيجارس ٢٠١) . والله أعلم.

١ انظر عقد الإيجار للدكتور السنهوري ص ٢٠١

٢ انظر أصول القانون ص ٣٠٠

٣ استئناف أهلي ٢٩ أبريل ١٨٩٧ القضاء ص ٧ المحاكم ٨ ص ٣٠١ الحقوق ١٢ ص ١٨٩ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٠.

٤ استئناف مختلط ٧ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٠) ٢٧ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢٤٩) استئناف ٦ يناير ١٩٣١ (دائرة محمد عبد الهادي الجندي بك وعلى حيدر حجازي بك وأحمد مختار بك) المجموعة ٣٣ رقم ١٢٥ ص ٢٣٦ المحاماة ١١ رقم ٤٧١ ص ٩٤٠ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٠.

وقد اقتصر القانون الجديد على أن قرر أحكام الشريعة الإسلامية، على الوجه الذي قرره القضاء المصري، على أنه استرشد في الحكر بسياسة عامة هي العمل على تحديد انتشاره والتضييق فيه، فهو قيد خطير على حق الملكية، بل هو ملكية تقوم على الملكية الأصلية، مما يجعل أمر الاستغلال والتصرف في الأرض المحكرة من الأمور غير الميسرة، فقصر القانون الحكر على الأرض الموقوفة، وحد من مدة الحكر، وجعل أقصاها ستين سنة، وأجاز لكل من مالك الرقبة والمحتكر أن يشفع في حق الآخر[1].

ويعتبر الحكر حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية، إذ أن الوقف لا يحتفظ إلا بالرقبة، ويصبح للمحتكر حق الانتفاع الذي يتصرف فيه كما يشاء في حدود العقد المنشئ للحكر[2].

والحكمة التي من أجلها أجيز هذا العقد هي أن العين التي يقرر عليها الحكر تكون في حالة لا ينتفع بها، حتى إنه لا يوجد من يستبدل بها غيرها كما سيجيء، ولهذا السبب أباحت الشريعة الإسلامية للقاضي تحكيرها إذا توافرت الشروط[3].

---

[1] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٠.

[2] استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٢٣(٣٥ ص ٢٤٩) نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧١.

[3] استئناف ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٤٤ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧١.

المبحث الثاني:

أقسام الحكر

ينقسم الحكر إلى قسمين: حكر في الأوقاف، وحكر في الأملاك الخاصة.

والحكر الذي يكون في الأوقاف هو الأغلب ولكن دون اختصاص وهو ما يجري عليه كلام الرملي[1] وابن عابدين، إذ أطلقا تعريف الاحتكار عن قيد الوقف، وصرح بذلك ابن عابدين في " منحة الخالق" حيث قال: "الأرض المقررة للاحتكار أعم من أن تكون ملكا أو وقفا" [2]

وقال في رد المحتار: "[3] مطلب في الأرض المحتكرة ومعنى الاستحكار" فقد ذكر الأرض المحتكرة مطلقا فيشمل الوقف وغير الوقف ثم قال: " الاستحكار عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما" فقد عرف الحكر بأنه عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض... و لم يقل استبقاء الأرض الوقف فهذا يدل على أن الحكر يشمل إجارة الأراضي الموقوفة وغير الموقوفة.

ولكن أكثر كلام الفقهاء في شأن الحكر ينصب على الحكر في الأوقاف، ولا يتعرضون للحكر في الأملاك إلا نادرا ولذا عرفه صاحب قانون العدل والإنصاف: "بأنه استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء أو الغراس أو أحدهما"[4]

---

[1] الرملي: هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي، فقيه الديار المصرية في عصره ومرجعها في الفتوى يقال له — الشافعي الصغير — نسبته إلى الرملة " من قرى المندقية بمصر" ومولده ووفاته بالقاهرة، ولي إفتاء الشافعية، وجمع فتاوى أبيه وصنف شروحا وحواشي كثيرة منها: عمدة الرابح، وشرح على هدية الناصح في فقه الشافعية، وغاية البيان في شرح زيد بن رسلان، وغاية المرام شرح شروط الإمامة لوالده، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج وغيرها. (الأعلام ٦ /٧

[2] منحة الخالق على البحر الرائق ٥/ ٢٢٠ ومطالب أولي النهى ٣/ ٦٨٩

[3] حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٢

[4] قانون العدل والإنصاف المادة: ٣٣١

بناء على ذلك فسوف نذكر أحكام الحكر في الأوقاف لأن الحكر في الأملاك تجري أحكامه بحسب صيغة التعاقد من حيث مقدار المدة والأجرة وغير ذلك.

أقسام الحكر في القانون:

كان الحكر في القانون المدني القديم قسمين: الحكر في عين موقوفة والحكر في الأملاك الخاصة ثم ورد نص في القانون الجديد: " من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة، والآثار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري في شأنها الأحكام المبنية في المواد السابقة"

ثم قال الدكتور السنهوري عقب إيراده لهذا النص : " ويتبين من هذا النص أن العين المحتكرة لا بد أن تكون عينا موقوفة، فلا يجوز إنشاء حق الحكر على غير موقوفة، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد على خلاف ذلك، إذ كانت الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي: " يجوز ترتيب الحكر على عين موقوفة أو على عين غير موقوفة" [١]

وحذف هذا النص في لجنة المراجعة إذ رأت هذه اللجنة قصر الحكر على الأرض الموقوفة وأقرت نصا في هذا المعنى هو الفقرة الأولى من المادة ١٠٧٤ من المشروع النهائي على الوجه الآتي: " الحكر عقد به يكسب المحتكر حقا عينيا على أرض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر وذلك في مقابل أجرة معينة".

---

١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٩

وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة " لوضوح حكمها بالنسبة إلى حقوق المحـــتكر، ولأن الحكـــم الخاص بقصر الحكر على الأرض الموقوفة قد ورد في المادة ١٠١٢، وبقيت بذلك المادة ١٠١٢ التقنين المدني وحدها هي التي تقضي بأن الحكر لا يجـــوز ترتيبه على أرض غير موقوفة، ومعنى ذلك بدلالة مفهوم العكس أن الأرض الموقوفة وحدها هي التي يجوز ترتيب حق ا لحكر عليها.

وقـــد ضاق بذلك نطاق تطبيق الحكر، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية، ثم بعد أن أصبح أمر إلغاء الحكر على الوقف الخيري منوطا بقرار إداري، وقد ذكرنا أنه لا بد أن تكون هناك ضرورة أو مصلحة في تحكير العين الموقوفة، فلا يكفي أن تكون العين موقوفة حتى يجوز تحكيرها، بل يجب فوق ذلك أن تكون مخربة أو في القليل في حاجة إلى الإصلاح، وليس لها ريع يكفي لإصلاحها، ولا يوجد من يقيل استئجارها عن طريق الإيجار العادي، فلا يبقى أمام ناظر الوقف إلا أن يطلب الإذن من المحكمة في تحكيرها.

و لم يكـــن هذا هو الحكم في عهد التقنين المدني القديم، فقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ذلك العهد، وهذه تجيز تحكير الوقف وغير الوقف، فجرى القضاء على جواز تحكير الأعيان غير الموقوفة، و لم يعترضه في ذلك أن حق الحكر حق عـــيني والحقوق العينية في التقنين المدني القديم مذكورة على سبيل الحصر وليس حق الحكر من بينها، فقد كان هذا الحق مستمدا من قانون معمول به في نطاقه المخصص له وهذا القانون هو الشريعة الإسلامية[١] فانبنى على ذلك أن أنشئت أحكار على أعيان غير موقوفة، وإن كان الغالب أن الحكر حتى في ذلك العهد يترتب على الوقف.

ولما كان التقنين المدني الجديد لا يجيز كما تقدم، ترتيب الحكر إلاعلى الوقف فإن هـــذا الحكـــم المستحدث لا يكون له أثر رجعي، ولا يعمل به إلا ابتداء من العمل بالتقنين المدني الجديد، أي ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فمن ذلك اليوم لا يجوز

---

[١] استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ المادة: ٢١٥

إنشـــاء الحكر إلا على أرض موقوفة، وقد حرص التقنين المدني الجديد على أن ينص عـــلى ذلك صراحة، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٠١٢، بأنه " من وقت العمل بهـــذا القـــانون لا يجـــوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة"

وسنرى أن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٨ مدني تنص على انتهاء حق الحكر " إذا زالـــت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

فـــإذا أصبحت العين الموقوفة المحكرة ملكا حرا، وكان ذلك بسبب رجوع الواقف في وقفـــه أو بسبب إنقاصه لمدته، فإن الحكر يبقى مع ذلك على الأرض بالرغم من أنهـــا أصبحت ملكا لا وقفا، وذلك لأن الواقف بعد أن وقف رجع في وقفه رجوعا جزئيا، فيكون قد نقض ما تم من جهته، فيرد ذلك عليه ويبقى الحكر الذي رتبه على الأرض عندما كانت موقوفة باقيا عليها بالرغم من أنها أصبحت ملكا وذلك إلى نهاية مدة الحكر.

ومقتضى ألاّ يكون للتقنين المدني الجديد أثر رجعي أن الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تبقى صحيحة قائمة حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد، ولا يمس من صحتها أنها قائمة على أراض غير موقوفة، وتسري عليها جمـــيع الأحكام التي أوردها التقنين المدني الجديد في شأن الحكر فيما عدا وجوب أن تكون العين المحتكرة أرضا موقوفة."[1]

تبين من خلال هذه النصوص التي أوردها الدكتور السنهوري وناقشها أن الحكر في القـــانون ينقســـم أيضـــا إلى قسمين حكر عين موقوفة وحكر عين غير موقوفة وأن الدكتور قد رجح ذلك وذكر أسباب ترجيحه وبين أننا لو حذفنا الحكر في عين غير

[1] انظر الوسيط ٦/ ١٤٥٠- ١٤٥١

موقوفة لم يبق لنصوص القانون أية فائدة لأن الحكر في الواقف له كذلك عدة شروط ومراعاة هذه الشروط يؤدي إلى اضمحلال الحكر.

وقد ورد في موسوعة الفقه والقضاء ما يدل غلى تقسيم الحكر إلى قسمين فقد ورد فـــيه " وقد كان التحكير يقع على الأراضي غير الموقوفة أيضا، فجاء القانون المدني الجديـــد ونصـــت المـــادة ١٠١٢منه على أنه: " لا يجوز ترتيب حق الحكر إلا على الأراضي الموقوفة، كما أن المادة ١٠٠٠ حدّتْمنه وقصرته على حالات الضرورة أو المصـــلحة بإذن من المحكمة، وعقده يتم على يد رئيسها، وفضلا عن ذلك فقد نصت المـــادة ٩٩٩ بأن مدة الحكر إذا لم ينص عليها تكون ستين سنة، وإذا نص على أكثر مـــن ذلـــك نقصت إلى ستين، كما نصت المادة ١٠٠٨ على انتهاء هذا الحق بمجرد زوال صـــفة الوقف عن الأرض المحكرة، ثم جاء القانون رقم (١٨٠) لسنة ١٩٢٥م فنصت مادته السابقة "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض أُنهِي وقفها وفقا لأحكام هذا القانون، وفي هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة في المادة ١٠٠٨ وما بعدها من القانون المدني، ونص المادة الأولى منه " ينتهي حق الحكر المترتـــب عـــلى أعـــيان موقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقـــاف إذا اقتضت المصلحة ذلك، وفي هذه الحالة وما لم يحصل اتفاق بين الوزارة والمحـــتكر عـــلى ثمـــن الأرض المحكرة تباع العين المحكرة وفقا للأحكام المقررة للبيع الاختـــياري بقانون المرافعات، ويختص مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض، والمحتكر بـــباقي الثمن سواء أكانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أملمتكن مشغولة بشيئ من ذلك.

فـــإذا وقع نزاع على ثمن الأرض في الحالة التي تكون فيها الأرض مشغولة ببناء أو غـــراس، فصلت في هذا النزاع إحدى دوائر محكمة استئناف مصر، ويكون حكمها غير قابل لأي طعن[1].

---

[1] موسوعة الفقه والقضاء ١٥/ ٧٦١ -٧٦٢.

وذكر صاحب كتاب الحقوق العينية الأصلية أن الحكر في القانون المصري ينقسم كمـــا هـــو في الفقه إلى قسمين حيث قال: الحكر في الأعيان المملوكة – في التقنين الملغـــى- حكم بعض المحاكم بأنه لا جدال في أن الحكر حق عيني من الجانبين، من جانب المالك الذي يمنحه حق التتبع، ومن جانب المحتكر الذي يبيح له حق القرار أبدا مـــادام أسس بنائه قائما، فحقه مرتب على العقار فضلا عن أنه دائم، وهو وصف لا يمكـــن أن يـــلحق الحقوق إذا كانت شخصية، فيجب للبت فيما إذا كان من الجائز تحكـــير الأرض الملـــك البحث فيما إذا كانت الحقوق العينية التي نص عليها القانون المـــدني قـــد وردت على سبيل الحصر، وهل يجوز للمتعاقدين إنشاء حقوق عينية لم يتناولها المشرع، إذ القانون لم يورد الحكر من ضمن الحقوق العينية التي عنى بذكرها، ولا يصح تطبيق أحكام الشريعة الغراء في غير مسائل الأحوال الشخصية والأوقاف[1].

ولكـــن الـــرأي الذي أخذ به أغلب الأحكام هو أنه يجوز إنشاء الحكر في الأرض المملوكـــة[2] ولا يـــتعارض ذلك مع الرأي القائل بعدم جواز إنشاء حقوق عينية غير المذكورة في القانون، فإن الحكر هو حق متفرع عن حق الملكية، وتكون له خصائص الحق العيني بناء على أنه جزء من الملكية[3].

---

[1] مصر ١٤ نوفمبر ١٩٢٣(دائرة القضاة حسين فخري وعبد العزيز محمد وعلى رضا) المحاماة ١٣ رقم ٦٤٣ ص ١٢٦٩ مرجع القضاء ٤٤٩٠ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦٠١.

[2] استئناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٠ (١٢ ص ٢١٥) ١٠ مارس ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٤٩) مصر الابتدائية ٢٦ فبراير ١٩٢٥ (دائرة محمود جعفر بك ومحمد نصار بك والقاضي سابا حبشي) المحاماة ٥ رقم ٦١٩ ص ٧٥١ وراجع استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٦٦٠ ص ٨٨٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٢١٢٤: لا يجوز للمشتري أن يدفع عن بائعه أحكارا استحقت قبل البيع بدون رضائه، فإذا دفعها حق للبائع أن يتمسك بحكم المادة ٢٢٦ من القانون المدني (الفقرة الثانية من المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجديد) التي تقضي بأنه إذا دفع عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحة كانت تقتضي امتناعه عن الدفع للدائن الأصلي، بناء عليه إذا ظهر أن بعض هذه الأحكار سقط حق المطالبة بها بمضي المدة كان للبائع الحق في رفض دفعها إلى المشتري الذي دفعها عنه.

[3] الحقوق ا لعينية ١/ ١٩٦.

والحكر المقرر على أرض مملوكة باتفاق صريح بين المحكر والمحتكر لا يقبل الزيادة، ولـــو تصقعت الأرض، إذا لم يكن المالك قد حفظ لنفسه في عقد التحكير حق زيادة الحكر[1].

وفي القـــانون الجديد – نصت المادة ١٠١٢ على أنه: "١- من وقت العمل بهذا القـــانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الاخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة.

٢- والأحكـــار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري في شأنها الأحكار المبينة في المواد السابقة".

ثم ذكـــر صاحب كتاب الحقوق العينية أنهيلاحظ الفقرة الأولى من المادة لم تكن بأصـــل المشروع المقدم للبرلمان، بل أضافتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وقد راعت اللجنة في هذه الاضافة أن سبيل استغلال الأراضي المملوكة ميسرة، وأن الحكر حق لا ينبغي التوسع في تطبيقه، ولهذا قصرت استعماله على الوقف، إلا أنها رأت أن تستثني الحالة التي يكون فيها الحكر قد رتب على أرض موقوفة زالت عنها فيما بعد صـــفة الوقف لسبب لا يفضي إلى انتهاء الحكر، وحكم النص الذي أضافته اللجنة لا يســـري على الماضي رعاية للحقوق المكتسبة، ولكنه ينصرف إلى المستقبل، فلا يطبق إلا من وقت العمل بالقانون الجديد.[2]

المقارنة:

لا خلاف بين الفقه والقانون في تقسيم الحكر إلى قسمين فقد ذهب كل من الفقه والقانون إلى أن الحكر كما يجري في العين الموقوفة كذلك يجري في العين غير الموقوفة وتـــبين من خلال آراء الفقهاء التي ذكرناها وعلى الخصوص ابن عابدين والرملي أن الحكـــر كما يكون في العين الموقوفة كذلك يكون في العين غير الموقوفة وفي القانون

---

[1] استئناف ٢١ مايو ١٨٩٤ خانكي بك ٣٧٣ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ١/ ٦٠٢.

[2] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦٠٢.

نفس التقسيم وإن كان التقنين المدني المصري ينص في بعض مواده على حصر الحكر في العين الموقوفة ولكن التقنين المدني قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يرتض بذلك بل قضى بجوازه في الأرض غير الموقوفة كذلك، والقانون الجديد وإن كان يحصره في العين الموقوفة إلا أن الدكتور السنهوري بين ورأى أن الأولى أن لا يكون للتقنين المدني الجديد أثر رجعي أي أن الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تبقى صحيحة قائمة حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد، ولا يمس من صحتها أنها قائمة على أراض موقوفة، وتسري عليها جميع الأحكام التي أوردها التقنين المدني الجديد في شأن الحكر فيما عدا وجوب أن تكون العين المحتكرة أرضا موقوفة، وبذلك نصل إلى أن القانون يساير الفقه في هذا الموضوع وأن كلا منهما يقسم الحكر إلى نوعين.

المبحث الثالث

أحكام الحكر في الفقه والقانون

بعـد أن قسمنا الحكر إلى قسمين الحكر في الأوقاف، والحكر في الأملاك الخاصة نذكر أحكامه وهي على النحو التالي:

حكم الحكر في الوقف وشروط جوازه

اختلف فقهاء المسلمين في التحكير في الوقف على أقوال:

القـول الأول: ذهـب أكثر الفقهاء إلى أن التحكير في الوقف جائز سواء اشترط الواقـف منعه أم لم يشترط، ولكن لما كان فيه ضرر على أرض الوقف لأنه يغل يد الواقف أو الناظر في التصرف في الأرض واستغلالها لم يجيزوه إلا بشروط وهي:

أولا: أن يكون الوقف قد تخرّب وتعطل انتفاع الموقوف عليهم به بالكلية.

ثانيا: أن لا يكون للوقف حاصل يعمر به.

ثالثا: أن لا يوجد من يقرض الوقف القدر المحتاج إليه بأقل من أجر تلك المدة.

واشترط الحنفية أيضا أن لا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع.[1]

هـذا وقـد أشار إبراهيم بك إلى هذه الشروط وقال: " إن الحكر يصح متى ما توفرت فيه شروط ثلاثة وهي:

الأول: ألا يكون للوقف ريع يعمربه.

الثاني: ألا يوجد أحد يرغب في استئجار أرض الوقف مدة مستقبلة بأجرة معجلة تصـرف في عمارتهـا فإن وجد من يرغب في ذلك أجرت له لأن ذلك أفضل من الحكر.

الثالـث: ألا يمكـن الاستبدال فإن أمكن فالاستبدال أولى من الحكر لأنه أصلح للوقـف ومتى وجد المسوغ الشرعي للاحتكار وأعطيت الأرض للمحتكر فلا بد أن

---

[1] الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيثمي ٣/ ١٤٤، وتحفة المحتاج ٦/ ١٧٢، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٨، وقانون العدل والإنصاف لقدري باشا المادة: ٣٣٢، وحاشية الدسوقي ٤/ ٩٦

يكون الحكر بأجر المثل وقت العقد غير أن الأجرة لا تبقى بحال بل تزيد وتنقص على حسب تغير الأحوال، ومتى بنى المحتكر أو غرس في الأرض ثبت له حق القرار فيها فلا تترع من يده ما دام يدفع أجر المثل" [1]

فإذا وجدت هذه الشروط التي ذكرها أصحاب هذا القول جاز أيجار الوقف مدة طويلــة لمــن يبنــيه، أو يغرس الأرض لأنه تعين طريقا للانتفاع بالوقف، ولم ينظر أصــحاب هذا القول إلى احتمال تملك الوقف لأنه موهوم فلا ينظر إليه عند وجود الضرر المتحقق.

القول الثاني: إنه جائز مطلقا من غير تلك الشروط التي اشترطها القول الأول، وهو قــول الحنابلة وجمهور الشافعية، ولكن إن كان الواقف قد منع الإجارة الطويلة امتنع إلا إذا حصلت الشروط المذكورة في القول الأول.[2]

هــذا وقد ذهب أئمة الزيدية أيضا إلى جوازه وقد قال أحمد بن يحي المرتضي[3] في هــذا الصــدد: " يصــح تأجير الأرض الموقوفة إجماعا إذ منافعها ملك للمصرف " المذهب" دون ثلاث سنين فقط كمدة التحجر، ويصح إلى خمسين سنة وتكره الزيادة التي يلتبس لأجلها بالأملاك" [4]

---

[1] انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية ص ٣٤٥

[2] الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيثمي ٣/ ١٤٤، وتحفة المحتاج ٦/ ١٧٢، ومطالب أولى النهى ٤/ ٣١٦ وأعلام الموقعين ٣/ ٣٠٤

[3] أحمد بن يحيي بن المرتضي بن منصور من أئمة الزيدية باليمن ولد في ذمار عام ٧٧٥هـــ وبويع بالإمامة بعد موت الناصر سنة ٧٩٣هـــ في صنعاء ولقب "المهدي لدين الله".

مـــن تصـــانيفه: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار وله عليه شروح وزيادات في كتب مختلفة الأسماء جمعها في مصنف سماه "غايات الأفكار ونهايات الأنظار المحيطة لعجائب البحر الزخار" و" كتاب الأزهار في فقه الأئمة الأخيار" توفي سنة ٨٤٠هـــ انظر البدر الطالع ١/ ١٢٢ و الأعلام ١/ ٢٦٩.

[4] انظر البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٥/ ١٥٩

وكذلـــك يجـــوز عند الإمامية وقد ذكر آية الله العظمى السيد محسن الطبالطباني الحكـــيم[1] أنه قال: " يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها وإعمال عمل فيها، من كري الأنهار، وتنقية الآبار، وغرس الأشجار، ونحو ذلك، وعليه يحمل قوله (ع) " لا بـــأس بقـــبالة[2] الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ونحو غيره"

وذكـــر في الهامش تعليقا على ذلك فقال: " هذا مذكور في مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها، فلا بأس به"

وقي حديث آخر" وسألته عن الرجل يعطي الأرض الخربة ويقول: " اعمرها، وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله، قال: لا بأس" ونحوها غيرها.

والمحـــتمل فيها أمور: " الأول" ما ذكره المصنف، من أن المراد من القبالة الإجارة، ويكون العمل هو الأجرة، فتكون من إجارة العين.

الـــثاني: أن المراد بها الإجارة على العمل، فتكون الأجرة منفعة الأرض، والمستأجر العامل، والمستأجر عليه هو العمل من التعمير وغيره.

الثالث: أن تكون من الجعالة على العمل، والجعل هو المنفعة ويحتمل كما قيل، أن تكون الأجرة شيئا معلوما، ويكون ذلك الشيئ أجرة للعمل، فتكون إجارتان، إجارة الأرض وإجارة الأجير العامل.

---

[1] آية الله العظمى: هو السيد محسن بن مهدي بن صالح بن أحمد الطباطبائي الحكيم، مجتهد إمامي نعت بالمرجع الشيعي الأعلى ولد في بلدة بنت جبل " بلنان" عام ١٣٠٦هـ وتعلم ونشأ في النجف، وصنف كتبا قيل ٥٠ مؤلفا أجلها "مستمسك العروة الوثقى" و" توضيح المسائل" و " حقائق الأصول" و " دليل الناسك" توفي ببغداد عام ١٣٩٠هـ انظر معجم المؤلفين العراقيين ٣/ ٩٢، و الأعلام ٥/ ٢٩٠.

[2] القبالة: من تقبل تقبيلا والاسم القبالة وفي حديث ابن عباس: " إياكم والقبالات فإنها صغار وفضلها ربا"وهو أن يتقبّل بخراج أو جباية أكثر مما أعطى، فذلك الفضل ربا، فإن تقبل وزرع فلا بأس. (لسان العرب ١١/٥٤٤)

الـــرابع: أن تكـــون معاملة مستقلة، نظير المصالحة، مفادها تمليك المنفعة للعامل، وتمليك مالك الأرض للعمل، بلا معاوضة بين المنفعة والعمل ولعل الأخير هو الأقرب[1]

القـــول الثالـــث: إنه ممنوع مطلقا وبه قال بعض الشافعية ومن هؤلاء الأذرعي[2] والزركشي[3]

وبعـــد عرض أراء العلماء يظهر والله أعلم أن القول الأول هو الأرجح لأن الأصل والقـــاعدة في الوقـــف أن تبقى العين وينتفع بمنافعها لكن لما تعذر الانتفاع بالوقف الـــذي وقف لأجله يجوز تحكيره إزالة للضرر ولأنه لا طريق للانتفاع به إلا بالتحكير وقد تعين طريقا للانتفاع بالوقف ولا طريق في هذه الحالة إلا هذا ولم ينظر أصحاب هـــذا القـــول إلى احتمال تملك الوقف لأنه موهوم فلا ينظر إليه عند وجود الضرر المـــتحقق فلـــذا نرى أن تحكير الوقف جائز إذا توفرت تلك الشروط التي اشترطها أصحاب القول الأول.

---

[1] انظر مستمسك العروة الوثقى لآية الله العظمى ١٢/ ٢٢١ الناشر قم إيران سنة الطبع ١٤٠٤هـ

[2] الأذرعي: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الواحد أبو العباس شهاب الدين الأذرعي فقيه شافعي ولد باذرعـــات الشـــام وتفقه بالقاهرة وله تصانيف كثيرة منها غنية المحتاج، وقوت المحتاج وغير ذلك عاش ٧٠٨ – ٧٨٣ هـ (انظر الأعلام للزركلي ١/ ١١٩)

[3] الزركشي: هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين الزركشي وذهب أصحاب التراجم إلى أنه محمد بن عـــبد الله بن بهادر، مصري المولد والوفاة، أصله من الأتراك، ينتسب إلى مذهب الإمام الشافعي، لقب بالزركشي نسبة إلى الزركش لأنه تعلم صنعة الزركش في صغره، لقب أيضا بالمنهاجي لأنه حفظ منهاج الطالـــبين للإمام النووي، ولد في مصر سنة ٧٤٥هـ له مؤلفات عديدة منها: البرهان في علوم القرآن، تفســـير القـــرآن العظيم، كشفا المعاني في الظلام على قوله تعالى: " ولما بلغ أشده" من سورة يوسف، والحديث ومصطلحه وغيرها حتى قال الداودي له تصانيف كثيرة منها فنون" كل ذلك مع قصر عمره فقد عاش تسعة وأربعين عاما.

(انظـــر الأعلام ٣/ ٢٨٦، ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٩/ ١٢١، وشذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٦/ ٣٣٥ والدرر الكامنة في أعيان المائة الثانية لابن حجر العسقلاني ٤/ ١٧)

موقف القانون الباكستاني والمصري من الحكر

قد ورد في القانون المدني الباكستاني جواز تحكير العين الموقوفة فقد ورد في الباب ٦، المادة: ٥٥ ما يأتي[١]:

(أنــه يجوز تحكير "إجارة" العين الموقوفة، ويشترط فيه كل ما يشترط في الوقف العادي والأمور التي سكت عنها النص القانوني يطبق عليها أحكام الباب السادس.

وقــال شارح القانون: " قد بين في هذه المادة حقوق الذين ينتفعون بأجرة العين الموقوفــة وهذه المادة شاملة لجميع شرائط الوقف، وإذا لم يرد في المادة شئ أو كان ســاكتا عنه يطبق عليها أحكام الباب السادس والذي قد صرح فيه بجميع الشرائط المتعلقة بها.

هــذا وقد أجازه القانون المدني المصري وقد قال مصطفى الزرقاء في هذا الصدد:" ولعــل الحكــر أقدم ما نعرف من الحقوق العينية المنشأة على الأوقاف، فقد حدثت طريقــته في عهــد مــتقدمي الفقهــاء وأقروها[٢]وقد سمي بعد في القوانين العثمانية

---

[١] كرايون اور منافعون كي متعلق حقوق Rights to rent and projits

منفعتي كو بابندى دستاويز وقف، وقف كى جائيداد بر كرايون اور منافعون كى سلسلى مين حقوق حاصل هين.

شرح

وسعت Scope: دفعه هذا مين منتفعين كى ان حقوق كو بيان كيا كياهي جو الهين جائيداد وقف سى كرايه اور منافع وصول كرنى كى بابت حاصل هين، دفعه هذا وقف نامه هين مشموله شرائط كى تابع هي، اس صورت مين كه كوئى دستاويز نه هو يا دستاويز اس ضمن مين خاموش هو تو دفعه هذا كــى شــرائط نافذ هون ليكن دفعه ٥٥ كى شرائط نامه مين ركهى كئ صريح شرائط بر غالب نهين آسكتين

(قانون امانت ص: ١١٩ TRUSTS ACT, ١٨٨٢

الناشر منصور بك هاؤس كجهرى رود " اناركلي" لا هور)

[٢] نقل في البحر وفي رد المختار عن الإمام الخصاف جواز وقف البناء وحده إذا كان قائما على أرض

باســم"المقاطعة" وكذا في قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم ٣٣٣٩ وقد حدد في المادة ١٩٥ منه مبلغ الأجرة السنوية بمقدار نسبي ثابت قدره اثنان ونصف في الألف من قيمة الأرض المقدرة رسميا لجباية الضرائب العقارية.[١]

وكذلــك اشترط القانون عدة شروط لصحة الحكر كما هو في الفقه وهي على النحو التالي:

١- أن تكون العين الموقوفة تخربت وتعطل الانتفاع بها بالكلية.

٢- ألا يكون للوقف ريع تعمر به.

٣- ألا يوجــد من يرغب في استئجارها مدة مستقبلة بأجرة معجلة تصرف في عمارتها.

٤- ألا يمكن استبدالها[٢].

محتكرة، ونقل رد المحتار مثل ذلك عن فتاوى قارئ الهداية، كما نقل أيضا تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامة خير الدين الرملي بأنه: " عقد إجارة لاستبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس (رد المحتار ٣/ ٣٩٠ – ٣٩١).

وهذا يدل على أن الحكر كان معروفا ومستمرا منذ عصر الخصاف، والخصاف من عظماء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفي وهو أحمد بن عمر المتوفى سنة ٢٦١ه . وقارئ الهداية هو سراج الدين عمر بن اسحاق الغزنوي المتوفى سنة ٧٧٣ه والخير الرملي متوفى سنة ١٠٨١ه (كشف الظنون والفوائد البهية).

١ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤١.

٢ انظر قنا الجزئية ٢٣ يونيه ١٩٠٢ (القاضي محمد بدرالدين) المجموعة ٤ رقم ٣٢ ص ٨٠: يجب أن يعتبر باطلا لا مفعول له حق الحكر الذي يعطيه الواقف بشروط مخالفة للنصوص الشرعية، وفي هذه الحالة يجوز الحكم على الشخص الذي أعطي له حق الحكر بأن يزيل على نفقته الأبنية التي أقامها على الأرض.

وحكم بأن المحتكر في الحكر المنشأ من غير إذن القاضي ومن غير اشهاد به إذا كان حسن النية يكون له الحق في تعويض عادل عن النقص من أجل الأبنية التي أقامها والتي أفادت الوقف بنسبة الفائدة باعتبار الزيادة التي حدثت في العقار بحسب تقدير أهل الخبرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٨٩٢"٥ ص١٢").

وراجع : مصر الابتدائية ٣٠ يونيه ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ رقم ٩٧.

استئناف مصر ١٦ ديسمبر ١٩٣٢ المجموعة ٣٤ رقم ٤٤.

مصر الابتدائية ٢٢ مارس ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١١٧.

وقد ذكرت الشروط المتقدمة في المادة ٣٣٢ من قانون العدل والإنصاف للمرحوم محمـــد قدري باشا، ونصها: "إذا خربت دار الوقف وتعطل الانتفاع بها بالكلية، و لم يكـــن للوقف ريع تعمر به، و لم يوجد أحد يرغب في استئجارها مدة مستقلة بأجرة معجلـــة تصـــرف في تعميرها و لم يمكن استبدالها، جاز تحكيرها بأجر المثل، وكذلك الأرض الموقوفـــة إذا ضـــعفت عن الغلة، وتعطل انتفاع الموقوف عليهم بالكلية، و لم يوجد من يرغب في استئجارها لاصلاحها أو من يأخذها مزارعة، جاز تحكيرها".

غـــير أن الأســـتاذ الشيخ إبراهيم بك يذكر في بحثه " التزام التبرعات" أن في المادة ٣٣٢ المـــتقدمة شـــرط لـــلحكر عدم امكان الاستبدال، ولا نعلم من أين جاء بهذا الشـــرط، لأن الحكر قد يتحقق بدون اشتراط أي شرط مما ذكر في المادة، فإن كان المراد القول أن الحكر لا يلجأ إليه إلا بعد توافر الشروط المذكورة، فهذا لا دليل عليه، بل الحكر قد يتحقق مع إمكان الاستبدال، وإذا كان المراد القول أن الحكر مع تحقق هـــذه الشروط جائز، كان هذا صحيحا، لكنه أيضا جائز على النحو المتقدم بدونها، وإن كان المراد القول أن هذه الحالة يتحتم فيهاالحكر ويتعين، لأنه لم يبق أمامنا غيره فحسن، لكن الحكر قد يوجد جوازا بدون ذلك[1].

وقد نص القانون الجديد في المادة ١٠٠٠ على أنه " لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصـــلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكـــثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد[2] على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقار"[3]

---

[1] التزام التبرعات نبذة ٢١٢ (مجلة القانون والاقتصاد ٣، ١٩٣٣، ص ٩٩٤).

[2] جاء في المشروع التمهيدي " ويجب أن يصدر به اشهاد على يد رئيس المحكمة..." فاستبدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بكلمة "إشهاد" كلمة "عقد" لأن العرف جرى باطلاق الإشهاد على ما يعقد من التصرفات بإرادة واحدة، والمسألة تتعلق بعقد يتم بتعبيرين صادرين عن إرادتين (انظر الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٤)

[3] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٣ –٥٧٤.

المقارنة:

لا خلاف بين ما رجحناه من أقوال الفقهاء وقلنا أن حكر العين الموقوفة يجوز إذا توفرت تلك الشروط التي اشترطها أصحاب القول الأول وما ورد في القانون حيث أن كـــلا من الفقه والقانون يجيزان حكر الوقف كما اشترط كل من الفقه والقانون عدة شروط لصحة التحكير ومعنى هذا أنه يجوز تحكير الوقف في القانون أيضا متى ما توفـــرت الشـــروط بناء على هذا إن الفقه والقانون يتفقان في جواز الحكر وشروطه وليس هناك أي اختلاف في هذه المسألة بينهما حتى أن الشروط التي اشترطها الفقهاء هي نفسها التي اشترطها القانون.

وإذا قلـــنا بجواز التحكير فإنه يشترط لانعقاده مثل بقية العقود التراضي فلا ينعقد مـــثل بقية العقود إلا بالإيجاب والقبول لأن عقد الحكر لا يختلف في انعقاده عن بقية العقـــود والفقهاء جميعا يشترطون في انعقاد العقد الإيجاب والقبول فيجب في انعقاد الحكـــر إيجاب وقبول من المتعاقدين ولا شك أن الأصل في العقود أن تكون رضائية وهذا هو المبدأ العام وقد جعل العلماء الأصل العام أن تكون العقود رضائية والاستثناء أن تكـــون شـــكلية في تكوينها، غير أن هذا المبدأ العام ليس من النظام العام فيجوز لطـــرفي العقـــد أن يتفقا على أن لا ينشأ العقد بينهما إلا إذا أفرغ في شكل خاص كتدويـــنه في ورقة خاصة " رسمية او عرفية" فيكون العقد رضائيا أصلا إلا أنه صار شـــكليا بالإتفـــاق فيطلق عليها " شكلية اتفاقية" تمييزا عن الشكلية المفروضة بحكم القـــانون " الشكلية الرسمية والكتابية والعينية" وإذا كان الغالب في العقود أن تكون رضائية كالبيع والإيجار والوديعة وغيرها فإن الكتابة التي تفرغ فيها هذه العقود ليست إلا لأغـــراض الإثـــبات أي أن الشكلية ليست لأغراض الانعقاد وإنما غايتها إثبات التصرف القانوني

فالحكـــر مـــثل بقية العقود لا يشترط فيه أكثر مما اشترط في بقية العقود وفيها لا يشترط سوى التراضي فكذلك الحكر .

وكما يشترط الإيجاب والقبول لانعقاد عقد الحكر في الفقه كذلك يشترط في القانون فالقانون أيضا يوجب لانعقاد الحكر الإيجاب والقبول إلا أن القانون لا يكتفي بالإيجاب والقبول إذا كانت الأرض المحتكرة وقفا، فالحكر في هذه الحالة يصبح عقدا شكليا ولا يكون إلا بالكتابة، ويجب تسجيله في المحكمة الشرعية.

وقد ذكر الدكتور السنهوري أنه يشترط في الإيجاب والقبول التراضي من المتعاقدين وأورد في ذلك النص القانوني حيث قال: (ورد في المادة ١٠٠٠ من التقنين المدني تنص على ما يأتي: "لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الإبتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقا لأحكام تنظيم الشهر العقاري"[١]

---

[١] تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٢٥٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ١- يجوز ترتيب الحكر على عين موقوفة أو على عين غير موقوفة.

١- ويجب أن يكون إنشاء الحكر بورقة رسمية، فإذا كانت الأرض التي ترتب عليها حق الحكر عينا موقوفة، وجب على الناظر أن يستصدر من المحكمة الشرعية التي تقع في دائرتها هذه الأرض حجة شرعية بعد أن يقيم الدليل على إنشاء الحكر أمر تقتضيه المحافظة على العين الموقوفة" وفي لجنة عدل النص على الوجه الآتي: "

٢- يكون إنشاء الحكر بورقة رسمية.

٣- ولا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها تلك الأرض، ويجب أن يصدر به إشهاد على يد رئيس المحكمة أو أحد قضاتها أو مأذون من قبله" وبعد المناقشات الطويلة التي دارت بين اللجنة التشريعية، ومجلس الشيوخ أضيفت في الفقرة المذكورة العبارة التالية:

" ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم أشهر العقار" التبرز فكرة أن حق الحكر حق عيني تتبع في شهره القواعد التي تتبع في شهر غيره من الحقوق العينية ووافق على النص مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم المادة ١٠٠٠".

وأما بالنسبة ما إذا كانت الأرض المحتكرة غير وقف فقد ورد في القانون أنه ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول والنص القانون " وبين ما إذا كانت الأرض المحتكرة غير وقف فينعقد الحكر بمجرد الإيجاب

ويستخلص من هذا النص أن الحكر عقد شكلي، فلا ينعقد إلا بتوثيق رسمي، ولما كان من وقت العمل بالتقنين المدني الجديد، لا يجوز إنشاء الحكر إلا على عين موقوفة، فيجب قبل التوثيق استصدار إذن بإنشائه من المحكمة الكلية، التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ذلك أن الحكر ينشئ حقا عينيا على العين المحتكرة، فيعتبر تصرفا في عين موقوفة ولا يجوز التصرف في الوقف إلا بإذن من القاضي، والذي يطلب الإذن في التحكير هو ناظر الوقف، ويجب أن يثبت أن تحكير الوقف أمر اقتضته الضرورة بأن كان الوقف مخربا ولا مال له، يستصلح به، أو أملته مصلحة بأن يكون المحتكر أقدر بكثير من الوقف على استصلاح الأعيان التي يراد تحكيرها، والحكر ليس حقا عينيا عاديا كحق المنفعة يزول بموت المنتفع،بل هو حق

والقبول بلا حاجة إلى كتابة ولا إلى إذن من القاضي" (محكمة استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ المادة ١٢- ٢١٥)

وأما القضاء الوطني فلم يكن يعتبر عقد الحكر حتى على أرض موقوفة عقد شكليا، فقد نصت محكمة النقض بأن محل العمل بأحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تنص على منع سماع دعوى الوقف إلا إذا كانت ثابتا بإشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعي بالقطر المصري أو مأذون من قبله وكان مقيدا بدفتر إحدى المحاكم الشرعية أن يكون النزاع في أصل الوقف، أما إذا كان النزاع قاصرا على المطالبة بالحكر، فيكفي فيه تقديم الدليل على التحكير " نقض مدني ٢ يولية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١- رقم ٢٥ ص: ١١٧"

ولكن محكمة استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٢ ص ٨٣: وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا أجر ناظر الوقف الأرض لمدة ٣٣ سنة قابلة للتجديد وتعهد بدفع قيمة ما تساويه المباني يوم الإخلاء، فهذا العقد لا يكون حكرا لأن لائحة الإجراءات الداخلية للمحاكم الشرعية المعدلة بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢١ صريحة في أن الإذن بالتحكير يدخل في اختصاص المحاكم الشرعية فلا بد من إذن القاضي الشرعي في التحكير، ويكون العقد في الحالة التي نحن بصددها إيجارا عاديا لأرض موقوفة فلا يجوز إيجارها هذه المدة الطويلة إلا بإذن القاضي" ينظر أيضا استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٢، المجلة القضائية ١٣٢ ص: ٦- نقلا عن الوسيط للدكتور السنهوري ٦/ ١٤٤٣- ١٤٤٥والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٧.

الأمد، ويصح أن يبقى ستين سنة، فهو إذن تصرف خطير، ومن ثم وجب إذن المحكمة في إنشائه.

ومتى أذنت المحكمة، وجب أن يكون إنشاؤه لا بموجب ورقة رسمية عادية توثق في مكتب التوثيق، بل بأن يستصدر المتعاقدان، ناظر الوقف والمحتكر، حجة به على يد رئيس المحكمة التي أذنت في إنشائه، وهي المحكمة التي يقع في دائرتها العين المحتكرة كلها أو الموثقين من كتبة المحكمة، فلا ينعقد الحكر إذن إلا بعد الإذن على الوجه المتقدم، وبهذا الضرب من التوثيق سالف الذكر.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " يكون الحكر بورقة رسمية، إشعارا بخطره، والرسمية شرط للانعقاد، فإن كانت العين موقوفة وهو الغالب فلا تكفي الرسمية العادية، بل يجب أن يستصدر ناظر الوقف من المحكمة الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض الموقوفة حجة شرعية، لأن الحكر ضرب من ضروب التصرف، ولا يجوز التصرف في الوقف إلا بإذن القاضي، ويجب أن يقدم الناظر مبررا للتحكير بأن يثبت أن إنشاء الحكر أمر تقتضيه المحافظة على العين الموقوفة، ويكون ذلك بإثبات مخرب لا يكفي ريعه لإصلاحه، فيحكر حتى يستصلحه المحتكر.[1]

ولما كان الحكر حقا عينيا كما تقدم، فإنه لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، إلا إذا سجل وفقا لأحكام المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري، وإلا فلا يكون لعقد الحكر غير المسجل من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

والحكر على هذا النحو لا يجوز إثباته إلا بالورقة الرسمية التي ينعقد بها، فهو كالرهن الرسمي والهبة والوقف، تصرف شكلي، ولكن الأحكام التي أنشئت على

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص: ٥٧٢- ٥٧٣ والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٧.

أعيان غير موقوفة إذا لم تكن هناك أوراق لإثباتها[1] فإنه يكفي أن يكون قد مضى على المحـــتكر وهو واضع يده على الحكر ويدفع أجرته لغير مالك العقار مدة التقادم، حتى يكسب الحق بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير على حسب الأحوال، وهذا لا ينطبق على الحكر الذي ينشأ منذ العمل بالتقنين المدني الجديد، فإن هذا الحكر لا يترتب إلا بموجب عقد شكلي، وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٨ من المشـــروع وكانـــت تجري على الوجه الآتي: " يجوز أن يكسب حق الحكر بالتقادم" وجـــاء في المذكـــرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " كسب الحكر بالـــتقادم مـــبدأ سار عليه القضاء المختلط فإذا وضع شخص يده على أرض موقوفة باعتـــباره محتكرا دون أن يكون له هذا الحق، واستمر يدفع أجرة الحكر ثلاثا وثلاثين ســـنة، كسب حق الحكر بالتقادم، أما إذا كانت الأرض غير موقوفة فإنه يملك حق الحكر بالتقادم الطويل في خمس عشرة سنة، أو بالتقادم القصير في خمس سنوات.[2]

وورد في المـــادة: ١٣ ص ٣٠٨ سنة ١٩٠١ شهر مايو ١٥ من محكمة استئناف مختلط ما يأتي: " على أن كسب الحكر بالتقادم فيه نظر، لأن الحق في الأرض الموقوفة لا ينشـــأ إلا بعـــد استصدار حجة شرعية... والأصل أن الحق الذي لا ينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعة لا يكسب بالتقادم، كما هو الحال في الرهن الرسمي وفي الوقف، وقد أصبح هذا الأصل أولى بالاتباع بعد أن قرر المشرع الرسمية في تقرير الحكر... لذلك يحسن أن يحذف هذا النص من المشروع ويستبدل به نص ييسر إثبات الحكر إذا كان قديما فيفي ببعض الأغراض متى أريد تحقيقها بالنص القائم" وقد حذف هذا النص فعلا في لجنة المراجعة وفقا لتوجيه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي[3]

---

[1] وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات الحكر على أرض موقوفة إذا فقدت الحجة الشـــرعية، بـــأوراق أخرى لا تدع أي شك في وجوده " استئناف مختط ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ المادة: ٢٥٢ ص: ٢٦٦

[2] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٧- ٥٧٨

[3] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧١- ٥٧٢ نقلا عن الوسيط للدكتور السنهوري ٦/ ١٤٤٧

المقارنة:

نـرى أن الفقه يكتفي بالتراضي في جميع العقود فعقد الحكر داخل فيها فلا يحتاج لانعقـاده سـوى الإيجـاب والقبول إلا أن كلام الفقهاء يدل على أن هذا الأمر " التراضي" يكفي لانعقاد العقد ولكن لا يقولون بتحريم العقد إذ تم في ورقة رسمية أي راعى فيه الشكلية وكما قلنا أن الشكلية لأجل الإثبات لا أن العقد لا ينعقد بدونها ومـا دام الأمر كذلك فالفقهاء رحمهم الله يؤكدون على كل ما فيه إثبات، فهم لا يمنعون الشكلية فالقانون حين اشترط الشكلية لم يشترطها إلا لأجل التوثيق والإثبات والفقـه لا يمنع ذلك فنصل إلى أنه ليس هناك اختلاف بين الفقه والقانون حيث أن الفقه لا يمنع الشكلية والقانون يطلب الشكلية لأجل الإثبات فكل منهما يسيران على نمط واحد والغرض من الشكلية في كل من الفقه والقانون هو الإثبات والتوثيق.

من يملك تحكير الوقف

الـتحكير إذا تمت شروطه يملكه من له ولاية إجارة الوقف وهو الناظر فلا يملكه الموقوف عليه، لأن الولاية للناظر، فإن لم يكن لها متول: أجرها القاضي، أو كان لها متول إلا أنه أبى الاصلح للوقف. وأما مع وجود المتولي فليس للقاضي ذلك، إذ ليس للقاضي حق التصرف مع وجود ناظر للوقف، حتى ولو كان منصوبا من قبله، وهذا بناء على قاعدة مشهورة وهي:

" أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[1].

غير أن هلالا[2] يرى: أن القاضي إذا أجر دار الوقف أو وكيله بأمره: جاز، وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولي[3]

---

[1] انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣٤، وروضة الطالبين ٥/ ٣٤٨، الإنصاف ٧/ ٦٧

[2] هوهلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري قيل له الرأي لسعة علمه وكثرة فهمه كما قيل ربيعة الرأي أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر وأخذ عنه بكار بن قتيبة وله مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء مات سنة خمس وأربعين بعد المائتين. (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٢٣).

[3] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٢٧

رأي الفقيه أبي جعفر[2]:

للفقـــيه أبي جعفر رأي تفصيلي في جواز إجارة الموقوف عليه، إذ أنه فرق في ذلك بين الدور والحوانيت، وبين الأرض الزراعية:

أ-فإذا كانت العين الموقوفة دورا أو حوانيت، لم يكن معه شريك في الاستحقاق، وكان الموقوف غير محتاج إلى العمارة، جاز له إيجار الدور والحوانيت.

ب- وأمــا الاراضـــي الزراعية: فإن كان الواقف قد شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن، وجعل للموقوف عليه ما فضل من العمارة والمؤنة، لم يكن له إيجارها.

والعلة في منعه من إيجارها: أن الموقوف عليه يستحق كامل الأجر بالعقد، وبذا يفوت شرط الواقف في تقديم العشر والخراج.

أمــا إذا لم يشترط الواقف تقديم العشر والخراج، فيجب أن يجوز له إيجارها، ولكن يكون الخراج والمؤن عليه[3].

وقد بين ابن الهمام رأي الفقيه أبي جعفر بقوله: " ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يسترم[4] تجوز إجارته، وهذا

السراج المنير في تفسير القرآن العظيم و الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ومغني المحتاج في شرح منهاج الطالبين للنووي، وتقريرات على المطول في البلاغة، توفي سنة ٩٧٧هـ

(شذرات الذهب ٨/ ٣٨٤، ومعجم المطبوعات ١/ ١١٠٨، والأعلام ٦/ ٦)

[1] انظر مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩ - ٣٩٠

[2] أبو جعفر: هو أحمد بن محمد بن سلامة المصري الطحاوي ولد سنة ثمان وثلاثين وما ئتين وكان يقرأ عـــلى المزني الشافعي وهو خاله وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة فقال له المزني والله لا يجيـــئ مـــنك شيئ فغضب وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصال إماما، توفي ليلة الخميس مســـتهل ذي القعدة سنة ي سنة ٣٢١هـ له مؤلفات عديدة منها: شرح معاني الأثار، وشرح مشكل الأثار، وغيرهما.

(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٣٢)

[3] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٣

[4] يسترم من رام بمعنى المفارقة يقال ما رام مكانه أي ما فارقه والمقصود هنا إذا كان لا يزيل صفة الوقف (المعجم الوسيط ١/ ٣٨٧ مادة رام ومختار الصحاح ص ٢٦٦).

غير أن ابن عابدين نقل عن فتاوى الحانوتي: أن تنصيصهم على أن القاضي محجور عن التصرف في مال اليتيم عند وجود الوصي، يقتضي بالقياس عليه، أنه محجور عليه هـــنا أيضا عند وجود المتولى، فلا يؤجر إلا إذا لم يكن له متول، أو كان وامتنع، قال ابن عابدين وعليه يحمل كلام هلال[1]

حق الموقوف عليه في تحكير الوقف:

لمعـــرفة رأي فقهـــاء الحنفية في حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، لا بد لنا من التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الموقوف عليه ناظرا على الوقف، وفي هذه الحالة لا خلاف بـــين الفقهاء من حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، إلا أن هذا الحق قد ثبت له من حيـــث كونـــه ناظرا على الوقف، لا من حيث كونه مستحقا فيه، وهو الذي عليه الفتوى[2].

الحالـــة الثانية: أن لا يكون الموقوف عليه ناظرا، فيرى الفقهاء أن ليس للموقوف عليه الحق في إجارة الوقف، وإنما له الحق في الغلة يطالب بها الناظر.

وفي هـــذا يقول ابن الهمام: " ونص الاستروسني[3]، أنه رأى في المنقول: أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز، وإنما يملك الإجارة المتولي، أوالقاضي"[4]

---

[1] المصدر نفسه ٣/ ٥٢٦- ٥٢٧

[2] انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٤، ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٩ - ٣٩٠

[3] هو أبو جعفر الاستروشني تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل وأبي حفص الصغير عن أبيه أبي حفص الكبير وأخذ أيضا عن أبي بكر الجصاص الرازي عن أبي الحسن الكرخي عن أبي سعيد البردعي، وتفقه عليه القاضي عبيد الله أبو زيد الدبوسي صاحب الأسرار والاستروشني نسبة إلى اسروشنه بضم الألف وسكون السين المهملة وضم الراء المهملة وسكون الواو وفتح الشين المعجمة في آخره نون بلدة كبيرة وراء سمرقند ودون سيحون (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٥٧ —٥٨.)

[4] انظر: فتح القدير ٥/ ٥٥

وقـــد علـــل ابن عابدين ذلك بقوله: " لأنه يملك المنافع بلا بدل، فلم يملك تمليكا ببدل، وهو الإجارة، وإلا لملّك أكثر مما يملك"[1].

وأن يملك الموقوف عليه أكثر مما يملك، ممنوع، حيث لم تملك العين من كل وجه، بخـــلاف مـــا إذا ملكت من كل وجه كالموهوب له بدون عوض، أو الوارث مثلا، حيث يملك البيع والهبة بعوض.

هل للموقوف عليه حق الإعارة والإجارة؟

يقرر الفقهاء أن الموقوف عليه يملك الإعارة إذا شاء[2] لأن الإعارة لا ترتب له ملكا أكثر مما يملك.

وقد علل الخصاف صحة الإعارة وعدم صحة الإجارة، بقوله: " قلت: أرأيت إن جعـــل سكن هذه الدار لرجل من ولده، فأراد هذا الذي جعل له سكناها أن يسكن فيها غيره؟.

قـــال: أن يسكنها غيره على سبيل العارية منه: فله ذلك،وإن أراد أن يؤجرها منه فليس له ذلك.

قلت: فما الفرق بين العارية والإجارة؟.

قال: العارية لا توجب في الدار حقا للمستعير، وهو بمترلة ضيف أضافه، والإجارة يجب للمستأجر فيها حق الإجارة"[3].

ومذهب الشافعية موافق للحنفية في منع الإجارة من قبل المستحق.

وفي ذلك يقول الشربيني[4] الخطيب: " لكن لا يؤاجر — أي الموقوف عليه، إلا إذا كان ناظرا، أو أذن له الناظر في ذلك"[1].

---

[1] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٣

[2] المصدر نفسه ٣/ ٥٥٣

[3] انظر أحكام الأوقاف للخصاف ص ٦٦

[4] الشربيني: هو محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين، فقيه شافعي مفسر، من أهل القاهرة، له تصانيف منها:

رأي الفقيه أبي جعفر[2]:

للفقـــيه أبي جعفر رأي تفصيلي في جواز إجارة الموقوف عليه، إذ أنه فرق في ذلك بين الدور والحوانيت، وبين الأرض الزراعية:

أ-فإذا كانت العين الموقوفة دورا أو حوانيت، لم يكن معه شريك في الاستحقاق، وكان الموقوف غير محتاج إلى العمارة، جاز له إيجار الدور والحوانيت.

ب- وأمـــا الاراضـــي الزراعية: فإن كان الواقف قد شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن، وجعل للموقوف عليه ما فضل من العمارة والمؤنة، لم يكن له إيجارها.

والعلة في منعه من إيجارها: أن الموقوف عليه يستحق كامل الأجر بالعقد، وبذا يفوت شرط الواقف في تقديم العشر والخراج.

أمـــا إذا لم يشترط الواقف تقديم العشر والخراج، فيجب أن يجوز له إيجارها، ولكن يكون الخراج والمؤن عليه[3].

وقد بين ابن الهمام رأي الفقيه أبي جعفر بقوله: " ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يسترم[4] تجوز إجارته، وهذا

السراج المنير في تفسير القرآن العظيم و الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ومغني المحتاج في شرح منهاج الطالبين للنووي، وتقريرات على المطول في البلاغة، توفي سنة ٩٧٧هـ

(شذرات الذهب ٨/ ٣٨٤، ومعجم المطبوعات ١/ ١١٠٨، والأعلام ٦/ ٦)

[1] انظر مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩ - ٣٩٠

[2] أبو جعفر: هو أحمد بن محمد بن سلامة المصري الطحاوي ولد سنة ثمان وثلاثين وما ئتين وكان يقرأ عـــلى المزني الشافعي وهو خاله وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة فقال له المزني والله لا يجيـــئ مـــنك شيئ فغضب وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصال إماما، توفي ليلة الخميس مســـتهل ذي القعدة سنة ي سنة ٣٢١هـــ له مؤلفات عديدة منها: شرح معاني الأثار، وشرح مشكل الأثار، وغيرهما.

(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٣٢)

[3] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٣

[4] يسترم من رام بمعنى المفارقة يقال ما رام مكانه أي ما فارقه والمقصود هنا إذا كان لا يزيل صفة الوقف (المعجم الوسيط ١/ ٣٨٧ مادة رام ومختار الصحاح ص ٢٦٦).

في الدور والحوانيت" وأما الأراضي، فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن، فليس للموقوف عليه أن يؤاجر، وإن لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز، ويكون الخراج والمؤنة عليه"[1].

والذي أراه في هذا أن رأي أبي جعفر أولى لأنه فصل الموضوع وفرق بين الدور والحوانيت وبين الأراضي الزراعية ثم ذكر أن الدور والحوانيت في عصرنا كالأراضي الزراعية، لأن عليها ضريبة عقارية أيضا، وإن لم يكن ذلك حاصلا من قبل، والاحتياط يقضي بأن لا يمكن المستحق من أخذ الأجرة كلها، خوفا من أن يؤول الوقف إلى الخراب والدمار، كما لا يخفى.

ما يترتب على عدم جواز إجارة المستحق:

يترتب على عدم جواز إجارة الموقوف عليه للوقف إذا لم يكن ناظرا عليه، مايلي:

أولا: أن الموقوف عليه لو قبض الأجر من المستأجرين لم تبرأ ذمتهم بالدفع له، لأنهم أقبضوا من لا يملك القبض، وللناظر مطالبتهم بالأجر، وهم وشأنهم مع من قبض منهم بغير أن يكون له حق القبض.

ثانيا: أن الفتوى عند الحنفية على أن الموقوف عليه لا يملك الدعوى لو غصب منه الوقف إلا بتولية، أو أذن القاضي، سواء في ذلك دعوى العين أو دعوى الغلة[2]

قال ابن عابدين نقلا عن جامع الفصولين: " ومستحق غلة الوقف لا يملك دعوى غلة الوقف، وإنما يملكه المتولي".[3]

وتعقبه ابن عابدين بقوله: " وقد يجاب بأن عدم سماع دعواه في الغلة، إذا كان الموقوف عليهم جماعة، بخلاف ما إذا كان واحدا وادعى بها، لأنه يريد إثبات حقه فقط، ويؤيده قوله – أي في جامع الفصولين – بعد ما مر: " ولو كان الوقف

---

1 المصدر نفسه ٣/ ٥٥٣

2 الدر المختار ٣/ ٥٥٣

3 حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٣

علـــى رجل معين، قيل: يجوز أن يكون هو المتولي بغير اطلاق القاضي إذ الحق لا يعدوه، ويفتى، بأنه لا يصح لأن حقه أخذ الغلة لا التصرف في الوقف[1].

فعلـــق ابـــن عـــابدين على ذلك بقوله: " فإذا كان حقه أخذ الغلة، وغصبها غاصـــب، ينبغي أن لا يتردد في سماع دعواه ليصل إلى حقه، وفي فتاوى الحانوتي: "والحق أن الوقف إذا كان على معين: تصح الدعوى منه، وظاهره سماعا على عين الوقـــف أيضا، ولذا قال في نور العين: أن الغلة نماء الوقف، فبزوال الوقف تزول الغلـــة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شرط حقه فينبغي أن تكون رواية الصحة هي الأصح".

ثالـــثا: قال ابن عابدين: " لو ادعى رجل على المتولي بأنه من الموقوف عليهم، وأن له حقا في غلة الوقف، وبأن حقه فيها كذا، أكثر مما كان يعطيه، ينبغي عدم التردد أيضا في سماعها، لأنه يريد مجرد إثبات حقه"[2]

من يحتكر له الوقف:

قلنا أن الذي يملك تأجير الأعيان الموقوفة، إنما هو الناظر، إلا أن الفقهاء قيدوا هذا الحق بقيود يجب عليه أن لا يتعداها، ومن هذه القيود مايلي:

أولا: ليس للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لنفسه ولا لولده الصغير، أي الذي هو في ولايته، لأنه بهذا يكون مؤجرا ومستأجرا، وطالبا، والواحد لا يتولى طـــرفي العقد إلا في مواضع مستثناة ليس هذا منها، فلو أجر لنفسه أو لمن هو في ولايته لم يصح العقد[3].

---

[1] المصدر نفسه ٣/ ٥٥٣

[2] حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٤

[3] انظر الإسعاف ص ٥٥ وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٩٤

وإذا كـنا قد منعنا المتولي من إجارة الوقف لنفسه، أو لمن تحت ولا يته، فإنه يستطيع إن رغب في تحكير الموقوف أن يذهب إلى القاضي فيحتكر له ما يريد.

ففي الدر المختار: " هذا لو باشر بنفسه، أما لو ذهب إلى القاضي فأجره صح"[1]

وتعقبه ابن عابدين بقوله: " قلت: ويشكل عليه ما مر من أن القاضي لا يملك التصرف مع وجود المتولي"[2]

والجواب عن هذا الإيراد: أن القاضي لا يملك على ما فيه من نزاع عند صحة تصـرف المـتولي بنفسه، وهنا لا يصح تصرفه بنفسه فكأن المتولي غير موجود، فيصح تصرف القاضي، وله في الفقه عند الحنفية نظائر:

فقد قالوا: إن المتولي لو عمل كالفاعل أو البناء في العين الموقوفة فله قدرأجرته لـو أمره الحاكم، وإلا فلا. إذا لا يصلح المتولي مؤجرا ومستأجرا، فهذا تصرف صـحيح من القاضي مع وجود المتولي، وهذه العلة جارية هنا في مسألة استئجاره من القاضي.

قـال ابن نجيم: " والمتولي إذا أجر نفسه في عمل المسجد وأخذ الأجرة، لم يجز في ظاهـر الرواية وبه يفتى، وفي جامع الفصولين: إذ لا يصح مؤجرا ومستأجرا، وصح لو أمره الحاكم بعمل فيه "[3].

ومـن ذلك أيضا: لو شرط الواقف أن لا تؤجر الأرض أكثر من سنة، وكانت إجارتهـا أكثر أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر، بل يرفع الأمر للقاضي ليؤجرها، لأن له ولاية النظر للفقراء.

قال ابن عابدين: " إذا شرط الواقف أن يؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها، وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء: فليس للقيم أن يؤجرها

---

[1] الدر المختار ٣/ ٥٩٤

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٩

[3] انظر البحر الرائق ٥/ ٢٥٩ وراجع كذلك حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٩٤

أكـــثر من سنة، بل يرفع الأمر للقاضي حتى يؤجرها، لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت"[1].

فهـــذا تصرف صحيح من القاضي مع وجود المتولي، غير أنه لا يصح تصرفه بنفسه، وهكذا الأمر في مسألتنا.

ثانيا: لا يصح للمتولي أن يحكر عينا من أعيان الوقف ممن لا تقبل شهادتهم له، وهم أصوله وفروعه وزوجته بعدا عن التهمة، لأنه يؤجر ما ليس ملكا له، فيجب أن يبتعد عن مكان التهمة[2].

فـــإن انتفت التهمة، وتحقق أن الخير والمصلحة في هذا التأجير صح التصرف، وذلـــك إذا كانت الأجرة أكثر من أجر المثل على مذهب الإمام، أو كانت قدرا أجر المثل عند الصاحبين.

هذا هو ما عليه العمل والفتوى في الفقه ا لحنفي[3].

إلا أننا نرى أن هناك شيئا من الارتباك في بعض كتب الحنفية عند حكاية رأيهم في هذه المسألة وهي كالتالي:

رأي الخصاف[4]:

---

[1] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣٨ والإسعاف ص ٥٣

[2] الإسعاف ٤٧

[3] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٩٤

[4] الخصاف: هو أحمد بن عمر بن مهير الخصاف أخذ عن أبيه عمر بن مهير عن الحسن عن أبي حنيفة كان فرضـــيا حاســـبا عارفا بمذهب أبي حنيفة وصنف للمهتدي بالله كتاب الخراج فلما قتل المهتدي نهب الخصـــاف وذهب بعض كتبه و اشتهر بالخصاف لأنه كان يأكل من صنعته كما ذكره الذهبي في أعلام النبلاء من تصانيفه كتاب إقرار الورثة بعضهم لبعض، وكتاب القصر وأحكامه، وكتاب المسجد والقبر، وغيرها مات سنة إحدى وستين ومائتين وقد قارب الثمانين.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٩)

يقول الخصاف: إن احتكار المتولي العين الموقوفة من ابنه أو من أبيه أو من عبده أو من مكاتبه، لا تجوز في مذهب أبي حنيفة، وأما على مذهب أبي يوسف فإن الإجارة من ابنه وأبيه جائزة، وأما من عبده أو مكاتبه، فإن الإجارة لا تجوز"[1].

رأي الطرابلسي[2]:

يرى الطرابلسي صاحب الإسعاف: أن المتولي على الوقف لا يجوزله تحكير الوقف من ابنه، أو أبيه، أو عبده، أو مكاتبه، للتهمة ولا نص معها[3].

وبالرغم من أنه يرى عدم جواز إجارة الناظر لمن ذكرناهم، إلا أنه يذكر في مكان آخر من كتابه ما ذكره الخصاف في بيان رأي أبي حنيفة، في عدم جوازها مطلقا وجوازها عند أبي يوسف ومحمد بالنسبة لابنه وأبيه دون عبده ومكاتبه[4].

رأي قاضي القضاة[5]:

جاء في جامع الفصولين ما نصه: " المتولي لو أجر دار الوقف من ابنه البالغ، أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل، كبيع الوصي ولو بمثل قيمته، صح

---

[1] انظر أحكام الخصاف ص ٢٠٦

[2] الطرابلسي" هو برهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي نزيل القاهرة المتوفى سنة اثنتين وعشرين وتسعمائة من مؤلفاته الإسعاف في أحكام الأوقاف جمع فيه وقفي الهلال والخصاف.
(كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي الخليفة ١/ ٨٥ ط: دار إحياء التراث العربي بيروت)

[3] انظر الإسعاف ص ٤٧

[4] المصدر نفسه ص ٥٧زاد صاحب الإسعاف رأي محمد رحمه الله في الجواز كما هو عند أبي يوسف.

[5] قاضي القضاة: هو عبد الرحمن بن علي قاضي القضاة التفهني قال ابن حجر لازم الاشتغال فمهر في الفقه والعربية والمعاني واشتهر اسمه وناب في الحكم ثم ولى التدريس بمصر ثم القضاء مات مسموما في شوال سنة خمس وثلاثين وثمانمائة، وكان كثير العصبية لأصحابه عارفا بأمور الدنيا وقد انتهت إليه رياسة أهل مذهبه.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٨٨)

عندهما، ولو خيرا لليتيم، صح عند أبي حنيفة وكذا متول آجر من نفسه لو خيرا صح وإلا لا"[1].

ففي جامع الفصولين: أن إجارة المتولي من ابنه أو أبيه جائزة عند أبي حنيفة إذا كانت بأكثر من أجرة المثل، وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد ولو بأجرة المثل، قياسا على بيع الوصي. والخيرية التي قيد بها رأي أبي حنيفة في جامع الفصولين، فسرها ابن عابدين في حاشيته على الدرالمختار، فقال: "وتفسيره أي الخير- أن يأخذ بخمسة عشر ما يساوي عشرة، أو يبيع منه بعشرة ما يساوي خمس عشر وبه يفتى"[2].

رأي الحصفكي[3]:

أطلق صاحب الدر المختار عدم الجواز على مذهب أبي حنيفة والجواز على مذهب الصاحبين فقالوا: " ولو أجر لابنه، لم يجز خلافا لهما[4].

نخلص من هذا إلى أن كتب الحنفية حكت في مسألة تحكير المتولي من ابنه أو أبيه أقوالا ثلاثة:

أ - لا تجوز عند أبي حنيفة مطلقا، وتجوز عند أبي يوسف وهذا ما حكاه الخصاف، وما جاء في فتح القدير والإسعاف مع زيادة رأي محمد في الجواز مطلقا، كما هو عند أبي يوسف.

ب – أن ذلك لا يجوز مطلقا قولا واحدا، وهذا ما جاء في كتاب الإسعاف كرأي لصاحبه الطرابلسي.

---

[1] جامع الفصولين ٢/ ٢٠

[2] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٩٣

[3] الحصفكي

[4] الدر المختار ٣/ ٥٩٤

جـ - تجوز عند أبي حنيفة إذا كانت بأكثر من أجرة المثل، وتجوز عند صاحبيه ولو بأجرة المثل، وهذا ما جاء في جامع الفصولين.

الرأي الراجح:

هذا وقد رجح ابن نجيم ما جاء في جامع الفصولين، حيث قال بعد ذكره لرأيه " فعلم أن ما جاء في الإسعاف ضعيف[1]"

أما ما عدا هؤلاء فإنه يصح للناظر أن يؤجر لهم، سواء كانوا من الموقوف عليهم أو من غيرهم، لأن حق الموقوف عليه في الاستحقاق لا يتنافى مع استئجار العقار الموقوف.

وإذا رغب في استئجار عقار الوقف أكثر من واحد، ينبغي لناظر الوقف أن يؤجر للموثوق به منهم الذي يدفع حقوق الوقف من غير مماطلة، ولو كان اجره أقل من الأجر الذي يرغب به الباقون، لأن هذا أنفع للوقف من أجر زائد قد يضيع أو لا يحصل إلا بمقاضاة، بل إنهم ذهبوا إلى جواز فسخ الإجارة من المستأجر الذي يخشى منه على رقبة الوقف وتؤجر لآخر ولو بأجر أقل[2]

---

[1] البحر الرائق ٥/ ٢٥٤

[2] المصدر نفسه ٥/ ٢٥٨

المبحث الرابع

حقوق المحتكر وواجباته

أولا – حقوق المحتكر:

نظرا لما رجحنا من جواز الحكر فإن هناك حقوقا للمحتكر وهي:

إن للمحتكر أن ينتفع بالعقار إلى الأبد، أو طول المدة المعينة، وله أن يحدث تصليحا في العقار، وأن يغير فيه بشرط ألا ينقص من قيمته، ويجوز له أن يتنازل عن الحق ببيع أو هبة أو غير ذلك .

ويقول ابن عابدين في ذلك: " البناء الذي يبنيه المحتكر والغراس الذي يغرسه بإذن القاضي أو الناظر في الأرض المحتكرة يكون ملكا خالصا له فيصح بيعه للشريك وغيره، وله هبته والوصية به ويورث عنه"[١].

أما الأرض نفسها فرقبتها للوقف، وعلى هذا لو أن الأرض المحكرة استملكت للمصلحة العامة فليس للمحتكر إلا التعويض عن بنائه أو غراسه، أما ما يقابل رقبة الأرض فإنه يكون للجهة الموقوف عليها.

وورد في تنقيح الفتاوى الحامدية قوله: " سئل في أرض معلومة جارية في أوقاف برّ وفي مشدّ مسكة زيد وتؤاجره من أربابها لا يضر بالأرض والآن انقضت مدة إجارته فهل لزيد ذلك ويبقى الغراس؟

الجواب: يجوز لزيد المستأجر الغراس في الأراضي المذكورة بدون صريح الإذن من المتولين لا سيما وله فيها حق القرار المعبر عنه بمشدّ المسكة"[٢].

وقال في موضع آخر: " رجل استأجر حانوتا وقفا على الفقراء فأراد أن يبني عليه غرفة من ماله وينتفع بها قالوا إن كان المستأجر لا يزيد في أجرة الحانوت على مقدار ما استأجر فإنه لا يطلق له في البناء إلا أن يزيد في الأجرة ولا يخاف على البناء من

---

[١] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٣٤

[٢] العقود الدرية في شرح تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ١٧٥

تلــك الزيادة وإن كان هذا الحانوت معطلا في أكثر الأوقات وإنما يرغب المستأجر لأجل البناء عليه فإنه يطلق له ذلك وإن كان لا يزيد هو في الأجرة "[1].

وورد في فتاوى قدري آفندى: " حانوت وقف بنى فيه ساكنه بلا إذن متوليه وقال أنفقت كذا وكذا لو لم يضر رفعه ببنائه القديم رفعه وهو للساكن وما يضر رفعه فهو الذي ضيع ماله فليتربص إلى أن يتخلص ماله من تحت البناء ثم يأخذه ولا يكون بناء المســتأجر فيه مانعا من صحة الإجارة من غيره إذ لا يدله على ذلك البناء حيث لا يملــك رفعــه ولو اصطلحوا على أن يجعل ذلك للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين متروعــا أو مبنــيا فيه صح ولو بنى بأمر متوليه على أن يرجع في غلة الوقف فالبناء للوقف ويرجع بما أنفق"[2]

وورد في الفتاوى الخيرية:

ســئل: عــن رجــل استأجر أرض وقف للبناء والغراس فيها فبنى بناء تبلغ قيمته أضــعاف قــيمة الأرض والمقــرّرله أجرة المثل هل إذا مضت مدة الإجارة أو مات المســتأجر عن ورثة وأبى الموقوف عليهم إلا القلع يقلع أم يبقى بأجرة المثل حيث لم يكــن في ذلك ضرر رعاية لجانب الوقف بدفع أجرة المثل ولجانب المستأجر أو ورثته بعدم إتلاف البناء خصوصا وقد ابتلى الناس بمثل ذلك كثيراً.

أجــاب: قــال في البحر في شرح قوله فإن مضت المدة قلعها يعني البناء والغرس وســلمها يعــني الأرض فارغة، وفي القنية[3] استأجر أرضا وقفا وغرس فيها وبنى ثم

---

[1] المصدر نفسه ١/ ١٧٤

[2] مجموعة فتاوى قدري آفندي ص ٨٥ الناشر دائرة المعارف الإسلامية بلوشستان باكستان

[3] كتاب القنية يسمى قنية المنية على مذهب أبي حنيفة للشيخ أبي الرجاء نجم الدين بن مختار بن محمود الزاهدي الحنفي المتوفى سنة ٦٥٨ ثمان وخمسين وستمائة قال المولى بركلي والقنية وإن كانت فوق الكتب الغير المعتبرة وقد نقل عنها بعض ا لعلماء في كتبهم لكنها مشهورة عند العلماء بضعف الرواية وإن صاحبها معتزلي (انظر كشف الظنون لحاجي خليفة ٢/ ١٣٥٧ طبع دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان)

مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك، وبهذا يعلم مسألة الأرض المحتكرة وهي منقولة أيضا في أوقاف الخصاف، ومثله في شرح التنوير[1] المسمى بمنح الغفار[2] وفي الحاوى الزاهدي[3] ذكر ما في القنية رامزا للأسرار لنجم الدين العلائي بخلاف ما إذا استأجر أرضا ملكا ليس للمستأجر أن يستبقيها كذلك إن أبى المالك إلا القلع بل يكلفه على ذلك إلا إذا كانت قيمة الأغراس أكثر من قيمة الأرض فإذا لا يكلفه عليه بل يضمن المستأجر قيمة الأرض للمالك فتكون الأغراس والأرض للغارس وفي العكس يضمن المالك للغارس قيمة الاغراس فتكون الأرض والأشجار له وكذا الحكم في العارية.[4]

تبين من هذه النصوص أن المحتكرله الحق في الانتفاع بالحكر من حيث تصليحه وغرسه وبنائه بشرط ألا يضر ذلك بالحكر إلا أن بعض الحنفية اشترطوا أن يؤدي ذلك إلى زيادة الأجرة فإن لم يؤد فلا يجوز البناء وبعضهم أطلق الجواز سواء أدى إلى

---

[1] أصله تنوير الأبصار وجامع البحار في الفروع للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن تمرتاش الغزي الحنفي المتوفى سنة ١٠٠٤هـ وهو مجلد جمع فيه مسائل المتون المعتمدة عونا لمن ابتلي بالقضاء والفتوى وفرغ من تأليفه في المحرم سنة ٩٩٥هـ ثم شرحه في مجلدين ضخمين وسماه منح الغفار (كشف الظنون ١/ ٥٠١)

[2] أصله منح الغفار شرح تنوير الأبصار من فروع الحنفية وعليه حاشية لنجم الدين بن خيرالدين الرملي الحنفي سماه لوانح الأنوار على منح الغفار. (إيضاح المكنون في الذيل كشف الظنون ٥٧٦/٤)

[3] أصله حاوى مسائل الواقعات والمنية وما تركه في تدوينه من مسائل القنية وزاد فيه من الفتاوى لتتميم الغنية للشيخ (أبي الرجاء نجم الدين) الإمام مختار بن محمود الزاهدي (الغزميني) الحنفي المتوفى سنة ثمان وخمسين وستمائة وهو مجلد ذكر فيه منية الفقهاء وإنه استصفى منها لبابها وبدل ما وقع فيها من لسان خوارزم إلى العربية ورقم أسامى الكتب والمفتين بأول حروفها وذكرها على ترتيب الحروف أولا. (كشف الظنون ١/ ٦٢٩).

[4] الفتاوى الخيرية ١٧٢/١

زيــادة الأجرة أم لا، واتفقوا جميعا على أن يكون ذلك بإذن القاضي أو المتولي، كما اتفقوا على أن رقبتها للوقف.

وعند المالكية ما يفيد أن ما ينيه المحتكر يكون ملكا يباع ويورث لكنهم قالوا هذا إذا بين الملكية، أما إن بين التحبيس أو لم يبين شيئا فالبناء والغرس وقف على المشهور لا حق فيهما لورثة الباني والغراس[1].

فعند المالكية يثبت الملك أيضا ولكن بشرط بيان الملكية أما عند عدم البيان يكون الملك للوقف.

ويفهــم مما ذكره الشافعية في استئجار الأرض للبناء أو الغراس، أن البناء والغراس ملك للمستأجر، والأرض ملك لصاحبها[2].

فمذهــب الشــافعية قريب من مذهب الحنفية، لأن كل واحد منهما يثبت حق الغــراس والبناء للمستأجر وحق الرقبة للوقف إلا أن بعض الحنفية يقيدون ذلك بعدم الضرر وكلام الشافعية مطلق عن القيود ومعنى ذلك أنه يجوز مطلقا.

ويفهــم من كلام الحنابلة أن الحكر إذا بيعت الأرض، يبقى للمحتكر، قال عثمان الــنجدي[3] " إذا بيعــت الأرض المحتكرة أو ورثت فالحكر على من انتقلت إليه في الأصح". [4]

---

[1] انظر فتح العلي ٢/ ٢٤٣ - ٢٤٤

[2] انظر روضة الطالبين للنووي ٥/ ٢١٤ — ٢١٦ الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـــ ١٩٨٥م المكتب الإسلامي

[3] هو عثمان بن أحمد بن سعيد بن عثمان بن قائد النجدي فقيه، من أفاضل النجديين، ولد في العيينة "بنجد" ورحل إلى دمشق، فأخذ عن علمائها، وانتقل إلى القاهرة، فتوفي فيها، وله مؤلفات عديدة منها: هداية الراغب في شرح عمدة الطالب في فقه الحنابلة، وحواشي على منتهى الإرادات ورسالة في الرضاع وغيرها.

(السحب الوابلة ١/ ٨٦، والأعلام ٢/ ٢٠٣.

[4] هداية الراغب ص ٣٧٨، ومطالب أولي النهى ٣/ ٦٨٩

وكلامــه يدل على جوازه مطلقا وأن الأرض المحتكرة إذا بيعت أو ورثت فالحكر عندهم ينتقل إليه.

والخلاصـة أن جميع الفقهاء متفقون على أن المحتكر له البناء والغراس وله الانتفاع بالحكر إلا أن بعضهم يشترطون ألا يؤدي إلى الضرر، وبعضهم أطلقوا الكلام فمعناه أنه يجوز مطلقا.

وكذلك للمحتكر أن يؤجره، وله كذلك أن يرفع دعوى عينية لاسترداده، لأن له حقا عينيا على العقار، ويورث الحق فينتقل إلى ورثته[1]، فالمحتكر يعد بالاحتكار مالكا مع المالك الأصلي كما قال المالكية ويوجد نوع من التدخل بين حقي الملكية هذين.

تـبين مما تقدم من أقوال الفقهاء أنهم راعوا في إعطاء هذا الحق للمحتكر مصلحة المسـتأجر ومـنفعة الاقتصادية لأنه متى ما ثبتت هذه الحقوق للمحتكر يتمكن من إصلاح الأرض و بنائه وغرسه وأن الغرض من ذلك كما تقدم إصلاح الأراضي ونمو الاقتصاد.

حقوق المحتكر في القانون:

كما أورد الفقهاء حقوق المحتكر وذكروها في مؤلفاتهم كذلك ورد حقوق المحتكر في القانون بل فقهاء القانون قد بينوا وفسروا هذه الحقوق أكثر من الفقهاء، لأن حق الحكـر مـن الأمور المستحدثة و لم يتعرض له الفقهاء القدامى، وإنما ذكره الفقهاء المعاصرون فلذا ورد تفصيله في القانون أكثر من الفقه إلا أنني لم أجد هذه الحقوق في القـانون الباكستاني وأما القانون المصري فقد ذكر الدكتور السنهوري هذه الحقوق على النحو التالي:

" حـق الحكر في الأرض المحتكرة: للمحتكر أن يتصرف في حقه وينتقل هذا الحق بالميراث[2]"

---

[1] عقد إيجار ص ٢٠٣ – ٢٠٤

[2] ورد هذا النص في المادة ١٢٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ١- للمحتكر الحق في أن

وعقـــد الحكر ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا في الأرض المحتكرة، هو حق الحكر ويخول له هذا الحق الانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع، بشرط أن تكون الأعمال التي يجريها في الأرض من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها، وله بوجه خاص أن يقيم على الأرض بـــناء أو غراسا، وله حق القرار في الأرض ببنائه أو غراسه إلى أن ينتهي حق الحكر. وله أن يحدث تصليحا في الأرض، وأن يغير فيها بشرط ألا ينقص من قيمتها، وقـــد كـــان المشروع التمهيدي يتضمن نصا هو المادة ١٢٦٠منه، وكانت تجري بما يأتي: " للمحتكر الحق في أن يعلو بالبناء القائم على الأرض المحكرة، وفي أن يحدث به زيادة أو تعديلا، ما لم ينص السند المنشئ لحق الحكر على غير ذلك".

وقال أيضا: " وليس للمحتكر أن يعلو بالبناء ما شاء أي أن يبني فوق هذا الطابق أطباقا أخرى، لأن حقه لم يتعلق إلا بالسفل وحق العلو لا يزال مملوكا لجهة الوقف أو للمحتكر[1].

وكذلك للمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات، فله أن يبيعه أو يهـــبه، أو يرتب له أو عليه حق ارتفاق، أو يرتب عليه حق انتفاع وله أن يؤجره، بـــل له أن يقفـــه وقفا خيريا ولو كانت الأرض المحتكرة ليست وقفا، وأن يحكر حق حكـــره فينشئ حق حكر على حق الحكر، ويجوز له أن يوصى به، ولا ينقض حتما بالوفـــاة وهـــذا ما يجعل حق الحكر أقوى من حق الانتفاع، والمحتكر يعد بالاختصار

ينتفع بالأرض المحكرة، فله أن يقيم عليها بناء أو غراسا، كما له أن يستعملها في أي غرض آخر، بشرط أن تكون الأعمال التي يجريها في هذه الأرض من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها. ٢- وله أن يتصرف في حقه، ولو بالوقف، أو أن يسترده إذا اغتصبت، وينتقل هذا الحق بالميراث" وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتي: " للمحتكر أن يتصرف في حقه، وأن يسترده إذا اغتصب"

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧٥- ٥٧٧ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/٥٧٧)

[1] انظر الوسيط ٦/ ١٤٧١ – ١٤٧٢ والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٦.

مالكا مع المالك الأصلي فيقوم إلى جانب حق ملكية الرقبة للمحكر حق الحكر يقترن بحق الرقبة، فهناك إذن نوع من التداخل (juxtaposition) ما بين الحقين.

ويترتب على أن حق المحتكر حق عيني عكس حق المستأجر وهو حق شخصي، فيكون حق المحتكر عقارا دائما لأنه حق عيني مترتب على عقار، بخلاف المستأجر فهو منقول دائما ويترتب على ذلك أنه يجوز للمحتكر أن يرهن حق الحكر رهنا رسميا، ما لم يكن هذا الحق موقوفا، ولا يستتبع كون العين المحتكرة وقفا أن يكون حق الحكر ذاته موقوفا، فقد يقوم حكر غير موقوف على أرض موقوفة كما يقوم على أرض غير موقوفة، وقد يوقف حق الحكر وهو قائم على أرض غير موقوفة، والحجز على حق الحكر يكون حجزا عقاريا لا حجزا على منقول، ويجب تسجيل حق الحكر كما تقدم، لأنه حق عيني أصلي قائم على عقار، وكذلك يجب تسجيل كل تصرف ناقل له كما إذا بيع أو وهب، والمحكمة المختصة بنظر قضايا الحكر هي محكمة العقار المحتكر، ويستطيع المحتكر أن يرفع ضد المتعرض له جميع دعاوى الحيازة[1] (Actions possessoires) والمستأجر في ذلك مثله، ولكن المحتكر يستطيع فوق ذلك أن يرفع دعاوى الملكية (actions petitoires) فيسترد العقار ممن يغتصبه دون حاجة إلى توسيط المحكر.

ويترتب كذلك على أن حق المحتكر حق عيني أن عقد الحكر يعتبر من أعمال التصرف وليس كالإيجار من أعمال الإدارة، فيجب أن تتوافر في الحكر أهلية التصرف، ولا يدخل التصرف بالحكر في سلطة الوكيل وكالة عامة بل يجب فيه توكيل خاص، وظهور حق حكر على عقار يوجب ضمان الاستحقاق[2]

---

[1] الوسيط ٦/ ١٤٧٤ والحقوق العينية الأصلية ٢/٥٧٨.

[2] المصدران نفسهما ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧٨ -٥٧٩

حق الملكية في البناء والغراس:

تقـدم أن الفقهاء رحمهم الله اتفقوا في المجموع على أن ما يبنيه أو يغرسه المحتكر يكون ملكـا له، فكذلـك القانون يجيز ملكية البناء والغراس حيث ورد في القانون المدني المصري المادة ١٠٠٢ ما يدل على ذلك ونص القانون: " يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر"[١].

يتبين من النص المذكور أن المحتكر إذا بنى وغرس في الأرض المحتكرة، كان البناء أو الغـراس ملكا له دون اتفاق على ذلك مع المحكر، وهذا بخلاف المستأجر إذا بنى أو غرس في العين المؤجرة فإن البناء أو الغراس يصبح ملكا للمؤجر عن طريق الالتحاق ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك[٢].

ويكـون للمحتكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الأخر، حق عيني في الأرض المحـتكرة وهو حق الحكر سالف الذكر، وحق ملكية تامة في البناء أو الغراس الـذي أحدثه في العين المحتكرة، ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلا عن الحق الأخر فيبيع مثلا البناء أو الغراس مع استبقاء حق الحكر، ويجب على المشتري في هذه الحالة أجر مثل الأرض المحتكرة دون التفات إلى القيمة المقررة في عقد الحكر الأول، ويبيع حق الحكر مع استبقاء البناء أو الغراس، وفي هذه الحالة يكون عليه هو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق الحكر، ولكن يغلب أن يتصرف في الحقين معا، فيبيع البناء أو الغـراس مقترنا بحق الحكر، ويحل المشتري في هذه الحالة مكانه في كل من الحكر والبناء أو الغراس[٣].

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " ما يقيمه المحتكر على الأرض من بناء أوغراس يملكه ملكا خالصا، وتتميز هذه الملكية عن حق الحكر،

---

١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧٨

٢ المادة ٥٩٢ من القانون المدني المصري

٣ الوسيط ٦/ ١٤٧٥

وينبني على ذلك أن للمحتكر أن يتصرف في البناء أو الغراس منفصلا عن حق الحكر، كما إذا باع البناء لمشتر واكتفى بأن يؤجر له حق الحكر فيكون للعقار في هذه الحالة ملاك ثلاثة: صاحب الرقبة، والمحتكر وصاحب البناء، ويفي المحتكر بأجرة الحكر لصاحب الرقبة ويستوفي الأجرة المشترطة من صاحب البناء، كما يجوز أن يتصرف المحتكر في حق الحكر دون البناء أو الغراس، ولكن الغالب أن يتصرف المحتكر في حقيه مجتمعين، لأن كلا منهما مكمل للآخر[1].

وإذا انقضى حق الحكر وكان البناء أو الغراس لا يزال قائما في الأرض فسنرى أن للمحتكر أن يطلب إزالتهما أو استبقاءهما مقابل دفع الأقل من قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء.

ملكية المنشآت: يملك المحتكر ما يقيمه على الأرض من بناء وغراس ملكا خالصا كما تقدم، وتتميز هذه الملكية عن حق الحكر، وينبني على ذلك أن للمحتكر أن يتصرف في البناء أو الغراس منفصلا عن حق الحكر، كما إذا باع البناء لمشتر واكتفى بأن يؤجر له حق الحكر، فيكون للعقار في هذه الحالة ملاك ثلاثة: صاحب الرقبة والمحتكر وصاحب البناء، ويفي المحتكر بأجرة الحكر لصاحب الرقبة، ويستوفي الأجرة المشترطة من صاحب البناء، كما يجوز أن يتصرف المحتكر في حق الحكر دون البناء أو الغراس، ويصبح هو المستأجر لحق الحكر في هذه الحالة مع بقائه مالكا للبناء والغراس، ولكن الغالب أن يتصرف المحتكر في حقيه مجتمعين، لأن كلا منهما مكمل للآخر[2].

وفيما تقدم تقول المادة ١٠٠٢: " يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر"[3]

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧٨ - ٥٧٩

[2] المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي نقلا عن الحقوق العينية ٢/ ٥٧٩.

[3] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٩.

المقارنة:

اتفق الفقه الإسلامي مع القانون في أغلب حقوق المحتكر إذ أن الفقه يجيز أن ينتفع المحتكر بالعقار، وله أن يحدث تصليحا كما أن ما يبنيه أو يغرسه يكون ملكا له كما أشار إلى ذلك ابن عابدين حيث قال: " البناء الذي يبنيه المحتكر والغرس الذي يغرسه بـإذن القاضي أو الناظر في الأرض يكون ملكا خالصا له فيصح بيعه للشريك وغيره وله هبته والوصية به ويورث عنه"[1].

وكذلـك القـانون يبيح للمحتكر كل هذه الأمور من بناء وتصليح وغرس وأنه يكـون ملكاله يتصرف فيه كما أن هذا الحق حق عيني بخلاف الإجارة فإنها تكون حقـا شخصيا وقد أشار إلى ذلك الدكتور السنهوري حيث قال: " إن نصوص القانون تـنص عـلى أن للمحتكر الانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع بشرط أن تكون الأعمـال الـتي يجريها في الأرض من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها... وله الحق في أن يحدث تصليحا في الأرض وأن يغير فيها بشرط ألا ينقص من قيمتها[2]".

وأيضـا ورد في القانون كما هو في الفقه أن للمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه أو يرتب له أو عليه حق ارتفاق، أو يرتب علـيه حـق الانتفاع، وله أن يؤجره، بل له أن يقفه وقفا خيريا ولو كانت الأرض المحتكرة ليست وقفا.

أما رقبة الأرض فيذهب الفقه الإسلامي والقانون إلى أن رقبتها تبقى للوقف فلو أن الأرض المحكرة استملكت للمصلحة العامة فليس للمحتكر إلا التعويض عن غراسه أو بنائه، أما رقبة الأرض فتبقى للجهة الموقوف عليها.

---

[1] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٣٤

[2] الوسيط ٦/ ١٤٧١ والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٨.

ويذهب كل من الفقه والقانون إلى أن البناء والغراس ملك للمحتكر يباع ويورث بشرط بيان الملكية كما ذهب إلى ذلك المالكية وأما إذا بقي التحبيس أو لم يبين شيئا فالبناء أو الغراس وقف على المشهور لورثة الباني أو الغراس.

ويذهب القانون إلى أن للمحتكر في حق الحكر حقان يتميز أحدهما عن الأخر، حق عيني وهو حق الحكر، وحق ملكية تامة في البناء أو الغراس الذي أحدثه في العين المحتكرة.

ويتفق القانون والفقه بأن للمحتكر التصرف في حق الحكر فيجوز له بيع البناء أو الغراس مع استبقاء حق الحكر، ويجوز كذلك بيع حق الحكر مع استبقاء البناء أو الغراس.

فليس هناك خلاف بين الفقه والقانون في مسألة حقوق المحتكر، بل كلاهما متفقان في هذه الحقوق.

واجبات المحتكر:

عـــلى المحـــتكر أن يدفع الأجرة وهي زهيدة في العادة، وتعد إيرادا دائما إذا كان الحكـــر مؤبـــدا، وحق المؤجر في استبقاء الأجرة يعد حقا عينيا على العقار المحتكر، وتكون دعواه عينية وتختلف الأجرة زيادة ونقصا على حسب ارتفاع أو نزول السعر إيجـــار الأرض المحـــتكرة، بقطـــع الـــنظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات، لأن أجرة الحكر هي أجرة المثل إلا أن فقهاء الحنفية يرون أنه إذا زادت أجـــرة مـــثل عقار الوقف المستحكر زيادة فاحشة، فإن كانت الزيادة بسبب البناء والعمارة التي أقامها المستحكر فيها فلا تلزمه الزيادة، وإن كانت زيادة أجرة الأرض من نفسها لكثرة رغبات الناس في الصقع " أي الموقع" تلزمه الزيادة إتماما لأجر المثل، فإن أبى استئجارها بذلك ينظر، إن كانت الأرض لو رفعت منها العمارة لا تستأجر بأكـــثر من الأجرة المقررة تترك في يد المحتكر بذلك الأجر لعدم الضرر على الجانبين، وإن كانت تستأجر بأكثر منها و لم يرض بالزيادة يجبر على رفع بنائه[1]

وهذا إذا كانت زيادة المثل في أثناء مدة الإجارة، قال ابن عابدين: " لأنه قد عرض في أثناء المدة ما يسوغ الفسخ وهو الزيادة العارضة في الأجرة، أما إن فرغت المدة فإن لم يكـــن للمستأجر في الأرض غراس أو بناء قائم فعلا فليس هو أحق بالإجارة إذ لا يكون له حق القرار، وإن كان له فيها بناء او غراس فهو أولى من غيره بأجرة المثل، فإن لم يرض أن يدفع أجرة المثل يؤمر برفع البناء[2].

وكل هذا إذا كان الحكر في أرض الوقف، أما في الأرض غير الموقوفة، إذا زاد أجر المثل في مدة العقد فللمستحكر أن يتمسك بالعقد ويرفض الزيادة، ثم إن المالك أحق بعقاره بعد انتهاء المدة، والفرق أن المالك قد يرغب في سكنى عقاره أو بيعه أو هبته بخلاف الوقف، فإن سبيله التأجير فالمستأجر الأول أولى[3]

---

[1] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩ ، وقانون العدل والإنصاف الملحق ٣٣٧ – ٣٣٨- ٣٣٩

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩، والفتاوى البزازية بهامش الهندية ٦/ ٢٦٨

[3] الفتاوى الخيرية ١/ ١٧٢ ، ١٨٠، والفتاوى الهندية ٤/ ٥١٤- ٥١٥

والــزيادة المعتبرة في الفسخ هي ما كانت من غير متعنت، بل يشترط أن يكون له رغــبة صحيحة في الاستئجار بالزيادة، أما إن زاد المتعنت فلا تقبل زيادته قال قانون العدل والإنصاف: عمل بالأمر السلطاني المطاع، وإذا كان العقد بصيغة: " كل شهر بكــذا" صــح في الشهر الأول ولا يصح في الثاني إلا بالتلبس به، ويكون للناظر إذا انتهى كل شهر فسخ الإجارة إذا زاد أحد على المستأجر و لم يرض المستأجر بالزيادة.

وأمــا إذا اخــتلف المستحكر والناظر فقال الناظر: إن أجرة المثل قد زادت وقال المستحكر: لم تزد فالقول للمستحكر، وعلى الناظر إثبات الزيادة بالبرهان[1]

ويؤخذ في ذلك عند محمد[2]، بقول رجلين من أهل الخبرة والأمانة، ويكفي واحد عند أبي حنيفة[3]، وأبي يوسف[4].

ولا تفســخ إجارة الوقف عامة بزيادة أجرة المثل في المدة الأولى عند المالكية وهو الأصح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة[5]

---

[1] قالنون العدل والإنصاف المادة ٣٣٩، ٣٤٠، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١١٨، ١٢٩، والخيرية ١/ ١٩٧ – ٢١٣، والبحر الرائق ٥/ ٢٥٧، والشرواني ٦/ ٢٩٤، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩.

[2] هومحمد بن الحسن الشيباني الفقيه الأصولي ويكنى بأبي عبد الله، حضر دروس الإمام أبي حنيفة و لم يلبث أن مات فلازم أبا يوسف له مؤلفات كثيرة قال ابن خلكان: صنف الكتب الكثيرة النادرة منها: الجامع الكبير والصغير، وله في الفقه والأصول المبسوط والزيادات والأثار توفي سنة ١٨٦هـــ .
(فهرست ابن النديم ص ٢٨٧، والأعلام ٣/ ٨٨٢.)

[3] أبو حنيفة، النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء الكوفي، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، قيل: أصله من أبناء فارس، ولد بالكوفة سنة ٨٠هـــ ونشأ بها وكان يبيع الخز، ويطلب العلم في صباه حتى انقطع للتدريس والإفتاء، توفي ببغداد سنة ١٥٠هـــ
تهذيب التهذيب ١/ ٤٤٩، تاريخ بغداد ١٣/ ٣٢٣، الأعلام ١/ ٤– ٥.

[4] هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ويكني بأبي يوسف ويلقب بالقاضي، وقاضي القضاة، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـــ ونشأ فقيرا، فكان أبو حنيفة يواسيه وعنه أخذ الفقه، وسمع الحديث من أبي إسحاق الشيباني وسليمان التيمي وغيرهما، وكان أبو يوسف فقيها من الطراز الأول، فقد خالف أستاذه وإمامه أبا حنيفة في كثير من المواضع، وأقام الحجة على ما ذهب إليه من الأراء، له مؤلفات كثيرة منها: كتاب الخراج، وكتاب الجوامع، وهو أول من كتب في أصول الحنفية توفي سنة ١٨٢هـــ .
(انظر ابن خلكان ٢/ ٤٠٠ والأعلام ٣/ ١١٦.

[5] انظر فتح العلي المالك ٢/ ٢٣٩، والخرشي ٩٩/٧، والدسوقي ٤/ ٩٥، وروضة الطالبين ٥/ ٣٥٢ ط المكتب الإسلامي، ومطالب أولى النهى ٤/ ٣٤٠

ولكـــن هناك خلاف بين المذاهب في نقص أجرة المثل وزيادها أثناء مدة الاحتكار وتفصيلها كالآتي:

نقص أجرة المثل أو زيادها أثناء مدة الاحتكار:

قــد يؤجــر من له حق الإجارة، العين الموقوفة بأجر المثل، ثم يطرأ بعد تمام العقد ارتفاع أو انخفاض في الأجرة المسماة في العقد، فما هو الحكم؟ وللجواب عن ذلك، لا بد من التفرقة بين حالتين: حالة انخفاض الأجرة، وحالة الارتفاع.

الحالة الأولى: انخفاض الأجرة:

المتفق عليه بين الفقهاء[1]، أنه إذا طرأت في أثناء مدة الإجارة طوارئ أدت إلى نقص أجــر المثل نقصا فاحشا، وطلب المستأجر نقص الأجرة أو فسخ العقد، فإنه لا يجاب إلى طلبه، وليس لمتولي الوقف إقالته[2].

قــال في الــدر المخــتار: " فلو رخص أجره بعد العقد، لا ينفسخ العقد للزوم الضرر"[3].

إذن العلماء قد اتفقوا في الجملة على أنه إذا نقصت أجرة المثل أثناء مدة الاحتكار لم يجز فسخ العقد لمصلحة المحتكر حتى عند الحنفية القائلين بفسخه للزيادة، لأن العقد عقد إجارة لازم وفي الفسخ ضرر على المستحقين.

---

[1] انظر فتح القدير ٥/ ٦٩، والدرالمختار ٣/ ٥٥١، وغاية المنتهى ٤/ ٣٤٠، ونهاية المطلب: لامام الحرمين ٧ مخطوط، والإسعاف ص ٥٤.

[2] انظر الدر المختار ٣/ ٥٥١، وفتح القدير ٥/ ٦٩.

[3] المصدر نفسه ٣/ ٥٥١.

وذكر الأذرعي من فقهاء الشافعية في معرض رده على ابن الصلاح[1]، فيما لو طرأ تغــير على أجرة المثل في أثناء المدة بسبب تغير الأحوال أن الذي يقع في النفس أنا نــنظر إلى أجرة المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدة المعقود عليها مع قطع النظر عما عساه يتجدد[2]

الحالة الثانية: الزيادة في الأجرة:

اخــتلف الفقهاء في أثر زيادة الأجرة بعد العقد زيادة فاحشة عما سمى في العقد، وهل يجوز للمتولي أن يطلب من المستأجر زيادة الأجرة، أو فسخ العقد، أم لا؟.

أولا: مذهب الحنفية:

ينحصر آراء فقهاء الحنفية في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: أن الإجارة لا تفسخ بالزيادة عن الأجر المسمى في العقد، ولو كانت هذه الزيادة فاحشة.

ووجه هذا الرأي أن أجر المثل يعتبر وقت العقد[3].

---

[1] ابن الصلاح هو الإمام تقي الدين أبو عمر عثمان بن المفتي عبد الرحمن صلاح الدين الشافعي أحد أئمة المسلمين علما ودينا، ولد سنة ٥٥٧هــ في شرخان شمال عراق فنسب إليها، وكان والده يلقب صلاح الدين فنسب إليه وعرف بابن الصلاح، له مؤلفات كثيرة منها: أدب المفتي والمستفتي، والأمالي، وشرح الوسيط في فقه الشافعية و صلة الناسك في صفة المناسك وطبقات الشافعية وغيرها. توفي في الخامس والعشرين من شهر ربيع الآخر سنة ٦٤٣هــ.

(وفيات الأعيان ٣/ ٤٣، تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٣٠، طبقات الشافعية للسبكي ٨/ ٣٢٦، شذرات الذهب ٥/ ٢٢١).

[2] تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٤ ط دار صادر، ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٥، ط دار الفكر، ونهاية المحتاج ٥/ ٤٠١ ط المكتبة الإسلامية.

[3] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٢، إذ جاء فيها: " وهذه رواية فتاوى سمرقند، وعليها مشى في التجنيس لصاحب الهداية".

جاء في الإسعاف ما نصه: " ولو استأجر وقفا ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر مثلها، فلما دخلت السنة الثانية، كثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض، قالوا: ليس للمتولي نقض الإجارة بنقصانه عن أجر المثل، لأنه إنما يعتبر وقت العقد، وفي وقته كان المسمى أجر المثل، فلا يضر التغيير بعد ذلك"[1].

الرأي الثاني: مؤداه أن العقد يفسخ، ويعقد ثانية بالزيادة.

قال في الدر المختار: " وهو الأصح، وفي الأشباه، ولو زاد أجر مثله في نفسه بلا زيادة أحد، فللمتولي فسخها، به يفتى، وما لم يفسخ فله المسمى" والظاهر: أن قبول المستأجر الأول الزيادة يكفي عن تجديد العقد"[2].

وقد وضع الحنفية لذلك قيودا، على القول ا لأصح[3]: وهذه القيود هي:

أولا: أنه ليس المراد بالزيادة ما يشمل زيادة تعنت، أي اضرار من واحد أو اثنين، فإنها غير مقبولة، بل المراد، أن تزيد في نفسها عند الكل.

ثانيا: أن الزيادة يجب أن تكون من نفس الأرض المحتكرة لا من عمارة المستأجر بمال لنفسه.

ثالثا: أنه لا يفسخ العقد بمجرد الزيادة، بل يفسخه المتولي فإن امتنع يفسخه القاضي.

رابعا: أنه قبل الفسخ لا يلزمه إلا المسمى، وإنما تجب الزيادة بعده.

ثانيا: مذهب الشافعية:

يفرق الشافعية بين إجارة المتولي لما وقف على نفسه، وما وقف على غيره:

١- فإذا أجر المتولي العين الموقوفة عليه، فإن العقد يصح قطعا ولو بدون أجر المثل، وهو كما لو أجر ملكه المطلق.

---

[1] الإسعاف ص ٥٤.

[2] الدر المختار ٣/ ٥٥١.

[3] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥١ – ٥٥٢، وأنفع الوسائل ص ٢٠٢ –٢٠٣.

وفي هـــذا يقول إمام الحرمين[1] ما نصه: " إذا أجر البقعة الموقوفة من يصح منه إجارتهـــا، ثم طلبـــت البقعة بأكثر من الأجرة المسماة، فالوجه أن نقول: إن كان الوقف على معين، وقد تولى الإجارة، فلا أثر لطلب الموضع بالزيادة، فإن الإجارة متعلقة بحقه الخاص لا يعدوه، فكان كالمالك كرى"[2].

٢- أمـــا إذا أجر المتولي العين الموقوفة على غيره، كجهة من جهات البر بأجر مثلها مدة، ثم طرأت الزيادة، فللشافعية في ذلك أقوال ثلاثة: -

القـــول الأول: أن الإجارة لا تفسخ للزيادة، وهو الأصح، لأن العقد قد جرى بالغـــبطة في وقته، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل، ثم ارتفعت القيم بالأسواق، أو ظهـــر طالب الزيادة[3]. فإن ارتفاع القيمة يحال إلى ملك المستأجر، وإذا ارتفع ملك المستأجر لم يعترض عليه[4].

القـــول الـــثاني: أن للمتولي نقض الإجارة إذا زادت الأجرة، وظهر من يطلب بالزيادة، إذا كان للزيادة وقع، والطالب ثقة، بل إن منهم من أوجبها على المتولي، وذلـــك لتـــبين وقوعه على خلاف الغبطة، ولأن الإجارة ترد على المنافع، وهي تؤخذ شيئا شيئًا[5].

وبهـــذا القـــول أفتى ابن الصلاح، على ما حكاه الشربيني بقوله: " وأفتى ابن الصـــلاح، فيما إذا أجر الناظر الوقف مدة معلومة بأجرة معلومة، وشهد شاهدان

---

[1] إمام الحرمين هو أبو محمد بن يوسف الجويني الأصولي الأديب الفقيه الشافعي ويكنى بأبي المعالي، ويلقب بضياء الدين ويعرف بإمام الحرمين، لأنه سافر إلى الحجاز وجاور بمكة والمدينة أربع سنين يدرس العلم ويفتي ويجمع طرق المذاهب ولد في الثاني عشر من المحرم سنة تسع عشرة وأربعمائة له مؤلفات كثيرة منها النهاية في الفقه والشامل في أصول الدين، والبرهان في أصول الفقه.
(الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١/ ٢٦٠)

[2] انظر نهاية المطلب في دراية المذهب جـــ ٧ مخطوط.

[3] روضة الطالبين ٥/ ٣٥٢، ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٥، ونهاية المطلب جـــ٧ مخطوط.

[4] نهاية المطلب جـــ ٧ مخطوط.

[5] المصدر نفسه جـــ ٧ مخطوط.

أنها أجـــرة المثل حالة العقد، ثم تغيرت الأحوال، وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل -: أنه تبين بطلان العقد، وتبين خطأ الشاهدين بأجرة المثل. لأن تقويم المنافع في مدة ممتدة، إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة حالة التقويم التي هي حالة العقد، وليس هذا التقويم كتقويم السلعة الحاضرة"[1].

وقـــد انتقد كثير من فقهاء الشافعية فتوى ابن الصلاح هذه كما تقدم الإشارة إليه، حيث قال الأذرعي: " وهذا مشكل جدا، والذي يقع في النفس: أنه إنما ينظر إلى أجـــرة المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدة المعقودة عليها، مع قطع النظر عما عساه يتجدد، لأن ذلك يؤدي إلى سد إجارة الأوقاف، والزهد فيها، لأن الدنيا لا تبقى على حالة واحدة"[2].

القـــول الثالـــث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها، لم يتأثر العقد وإن كانت أكثر، فالزيادة مردودة[3]، أي لم يجب الوفاء بالإجارة.

وكأن القائل بهذا يرى، أن السنة مع ما يفرض فيها من تغاير قريب محتمل، أما ما زاد على ذلك....فلا[4].

إلا أن جمهـــور الشافعية على القول الأول، وهو صحة العقد، إذ العبرة لأجرة المثل، إنما هي حالة العقد.

فإن كان قد أجره بدون أجر المثل، فإن العقد لا يصح، قولا واحدا. لأن الناظر وكيل عن غيره، فلا يصح منه التبرع، فإنه ناظر محتاط في تحصيل ما هو الاغبط، وطلب ما هو الأحوط[5].

ثالثا: مذهب المالكية والحنابلة:

---

[1] انظر مغني المحتاج ٧/ ٣٩٥.

[2] المصدر نفسه ٧/ ٣٩٥.

[3] راجع روضة الطالبين ٥/ ٣٥٢.

[4] نهاية المطلب جـ ٧ مخطوط.

[5] المصدر نفسه جـ ٧ مخطوط.

يرى المالكية والحنابلة: صحة عقد الإجارة إذا كان بأجر المثل عند عقده، ولا يجوز فسخه مطلقا، ولو حدثت زيادة فاحشة عن أجرة المثل بعد العقد، لأن عقد الإجارة لازم عن المدة المعينة فيه، والمستحق هو الأجر المسمى في العقد، والمسمى كان وقت العقد هو أجر المثل، فهو الذي يلزمه.

فمن نصوص المالكية ما قاله الخرشي[1]: " إن الحبس إذا صدرت إجارته بأجرة المثل، ثم جاء شخص يزيد فيه، فإن الإجارة لا تنفسخ لتلك الزيادة، فإن صدرت إجارتـــه بدون أجرة المثل، فإن الزيادة لا تقبل ممن أرادها.... ويعتبر كون كراء المثل وقت الإجارة"[2]

ومـــن نصوص الحنابلة ما جاء في مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، إذ يقـــول: " ولا تفسخ الإجارة حيث صحت، لو طلب الوقف بزيادة عن الأجرة الأولى، وإن لم يكن فيها ضرر، لأنها عقد لازم من الطرفين"[3].

ومـــع كـــون المشهور من مذهب المالكية هو ما ذكرناه، نجد أن شرف الدين الحطاب[4] نقل في رسالته عن الموازنه: " أنه يجب التفرقة في حالة طرؤ الزيادة في الكراء، بين ما أجر السنة والسنتين، وما أجر أكثر من ذلك.

---

[1] الخرشي: هو محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، ولد سنة ١٠١٠، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية يقال لها " أبو خراش" من البحيرة بمصر، أقام في القاهرة، وتوفي فيها سنة ١١٠١هـــ.
ومن مؤلفاته: الشرح الكبير على متن خليل، والشرح الصغير على متن خليل أيضا فقه المالكية، والفرائد السنية شرح المقدمة السنوسية في التوحيد.
(سلك الدرر لأبي الفضل محمد خليل بن علي محمد المرادي ٤/ ٧٨).

[2] شرح الخرشي ٧/ ٩٨.

[3] انظر مطالب أولى النهى ٤/ ٣٤٠.

[4] شرف الدين الحطاب: هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب فقيه مالكي من علماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس المغرب سنة ٩٥٤هـــ، من مصنفاته: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل في فقه المالكية، وشرح نظم نظائر، ورسالة القيرواني لابن غازي، ورسالة في استخراج أوقات الصلاة بالأعمال الفلكية بلا آلة.
(نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ٣٣٧، والمنهل العذب ١/ ١٩٥، والأعلام ٧/ ٢٨٦).

فـــإن كانت مدة كرائه السنة أو السنتين: فإن العقد لا يفسخ بالزيادة، أما إذا كانـــت مدة كرائه سنين كثيرة، فهنا ينظر: فإن كان المتبقي من المدة يسيرا، فإن العقد يبقى، ولا يفسخ بالزيادة.

أما إذا كان المتبقي من المدة كبيرا، فسخ العقد".

ويؤخذ على هذا الرأي: أنه لم يبين مقدار المدة اليسيرة التي لا يفسخ بها العقد، إضافة إلى مخالفة هذا الرأي للمشهور في المذهب.

الراجح:

تـــبين ممـــا سبق من عرض لآراء العلماء: أن المتفق عليه بين المالكية والحنابلة والأصـــح من مذهب الشافعية، وهو رأي الحنفية: أن الإجارة لا تفسخ بالزيادة الـــتي تطـــرأ بعد تمام العقد وفي خلاله، ولو كانت هذه الزيادة كبيرة، بشرط أن يكـــون العقد جرى بأجر المثل، عند عقده، وهذا ما نراه أقوى وذلك للأسباب التالية:

١- إن الله سبحانه وتعالى قد أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[١].

٢- أن الوفاء بالعقود يؤدي إلى استقرار المعاملات بين الناس، ويمنع المشـــاحنة والخصومات، وهذه من الأمور التي حث الشارع عليها، وندب إلـــيها، إذ أن فسخ عقد الإجارة بطرؤ زيادة في الأجر، وفسخ عقد البيع بدفع الغير ثمنا أكبر، يؤدي إلى اضطراب في المعاملات، لا يأمن معها الناس على تجاراتهم، ولا يستقر لهم حال في مضارباتهم.

٣- أن شعور الناس بإمكانية فسخ إجارة العين الموقوفة بطرؤ زيادة في الأجرة يؤدي بهم إلى الزهد في إجارتها، وفي هذا أكبر الأثر في الأضرار بمصالح الوقف، والضرر ممنوع.

---

[١] سورة المائدة: الآية ١

٤- أن العقـد قـد جرى في حينه بأجر المثل، وتحققت فيه الغبطة للوقـف والمصلحة له، وليس فيه مطعن لطاعن ينقصانه عن أجر المثل. أو المحابـاة في عقده من قبل المتولي لمن هو أقل سعرا مع طلبه ممن يدفع أكثر. والله أعلم.

مما تقدم تبين من آراء الفقهاء رحمهم الله أنهم بينوا التزامات المحتكر تفصيلا وأن كل مذهب تعرض لبيان هذه الالتزامات.

واجبات المحتكر في القانون:

وورد في القـانون الـتزامات المحتكر وهي مثل ما ذكرها الفقهاء لم تختلف عنها كـثيرا، فقد ورد في القانون أنه يجب على المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر، وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غـير ذلك وأنه لا ينبغي للمحتكر مخالفة شروط الناظر أو الوالي وقد تعرض القانون المدني الباكستاني لجزئية من هذه الواجبات فقد ورد في النص القانوني:

١- إذا وجد ناظر الوقف أن المستأجر قد خالف شرط عقد الإجارة والـذي يـؤدي إلى إبطاله فهو يستطيع أن يبطل العقد بشرط أن يعطي للمسـتأجر فرصة لإظهار أعذاره، هذا إذا كان عقد الإيجار غير مشروط بـتجديده، أما لو كان العقد يحتمل التجديد فللناظر أن يرسل إليه الرسالة الرسمية يبدئ أعذاره فيها، إلا أنه يشترط لبيان هذه الأعذار ألا يظهرها في أقل من ثلاثين يوما ولا يتجاوز بها تسعين يوما.

٢- ومتى أبطل الناظر العقد طبقاً لحقه المذكور في البند الأول فإنه يسـتطيع أن يحوز الموقوف كما يستطيع أن يقطع الزرع والأشجار، وأن يتخذ الإجراءات لاصلاح الأرض على حساب المستأجر.[١]

---

[١] ونص القانون:

Power to terminate a lease or resceme a tenancy of conditions.

هـــذا وكما قلنا أن القانون المدني الباكستاني لم يتعرض لجميع المسائل المتعلقة بواجبات المحتكر والتي تعرض لها الفقهاء ولكن القانون المدني المصري قد ذكر كل مـــا يـــتعلق بهـــذا الموضوع مثل ما ذكره الفقهاء، وورد في نص القانوني المدني المصري: وتسري على أجرة الحكر القواعد الخاصة بالأجرة في عقد الإيجار فيسقط الحق في المطالبة بأجرة الحكر بمضي خمس سنوات[١].

وعلى المحتكر أن يؤدي لصاحب الرقبة الأجرة المتفق عليها في نهاية كل سنة، إلا إذا عين ميعاد آخر للدفع، وقد نص على ذلك المادة ١٠٠٣ التي تقول:

١-If the Administrator is satisfied that a lessee or tenant of any immovable way property has committed abreach of the conditions of the lease or tenancy the Administrator may after giving such lessee or tenant an opportunity to appear and state his objection order the termination of lease or resumption of tenancy.
Provided that if the breach is capable of rectification the Administrator shall mot order the termination of the lease or resumption of tenancy unless he has issued a written notice requiring the lessee than thirty days or more than ninety days to be stated in the notice, and the lessee or tenant has failed to comply with such notice.
where an order terminating the lease or
resuming the tenancy has been passed under the provisions of sub section ١ upon the waqf property and resume possission of if subject to the payment of compensation to be fixed by the Administrator for un-cut and ungathered crops or for the improvements if any, that may have been made by lessee or tenant order the terms of the lease or tenancy or with proper mission of the chief administrator.
Provided that of the lease or tenancy be all otted to any there person the senant of carpen sat ion if any paid to the eut giving lessee or tenant may be recovered from the newly lessee or tenant
(See: Local and special laws printed by: CH. Hbdul sattar AT G.F. printing outfall road sanr nagar, Lahore. By mia iqbal khalid.B.A.LL.B.)

[١] كان نص الفقرة الأولى في المشروع التمهيدي: " على المحتكر أو من يخلفه في حق الحكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المؤجر أو من يخلفه" فرأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف عبارتي " أو من يخلفه في حق الحكر" و " أو من يخلفه" لأنهما من قبيل التزيد الذي تغني القواعد العامة عن النص عليه.

" ١-على المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر.

٢-وتكـــون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك".

ويخلص من هذا النص أن عقد الحكر يرتب في ذمة المحتكر التزاما شخصيا بدفع الأجـــرة للمحكر، ويكون للمحكر إذن حقان: حق عيني في الأرض المحكرة وهو ملكية الرقبة مجردة من حق الانتفاع الذي هو حق الحكر، وحق شخصي في ذمة المحتكر بأن يدفع له الأجرة المتفق عليها.

ويجـــب التمييز بين هذين الحقين: فالحق الأول عيني كما تقدم، وأي نزاع يقع علـــيه يكون النظر فيه من اختصاص محكمة العقار المحتكر، ويترتب على ذلك أن الدعوى بتصقيع الحكر تكون دعوى عينية لأنها متفرعة عن أصل حق المحكر، وهو يطلـــب فـــيها تعديلا في حقه كمحكر ليزيد المقابل لهذا الحق وهو أجر المثل، ويكون نظر هذه الدعوى من اختصاص محكمة العقار المحتكر.

وأمـــا الحق الثاني: وهو حقه في استيفاء الأجرة عن مدة معينة، فحق شخصي نظر النزاع فيه من اختصاص محكمة المدعى عليه أي المحتكر"[1].

ثم ذكر أن أجرة الحكر تزيد أو تنقص تبعا لزيادة أجرة المثل أو نقصها، وهذه الأجـــرة تكـــون زهيدة عادة، وفي الأحكار القديمة المنشأة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تعد إيرادا دائما إذا كان الحكر مؤبدا.

وتخضـــع الأجرة في الحكر للقواعد العامة التي تسري على الأجرة بوجه عام. فـــتكون واجـــبة الدفع في موطن المحتكر، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، وتتقادم بخمـــس سنوات ولكنها خلافا للأجرة في عقد الإيجار، تكون مستحقة الدفع كل

---

[1] انظر الوسيط ٦/ ١٤٧٩ – ١٤٧٧ والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٩.

سنة، وفي نهاية السنة أي تكون مؤجلة لا معجلة، وذلك كله ما لم يقض الاتفاق بغيره"[1].

وإذا لم يدفع المحتكر الأجرة في الميعاد القانوني، جاز للمحكر مطالبته بها والتنفيذ عيـــنا مع طلب التعويض إذا كان له مقتض، ولكن لا يجوز للمحكر أن يطالب بفســـخ عقـــد الحكـــر لعدم الوفاء بالأجرة، إلا إذا تأخر المحتكر عن الدفع ثلاث سنوات متواليات.

وقد نصت المادة ١٠٠٩ من التقنين المدني المصري في هذا المعنى، على أنه" يجوز للمحكر إذا لم تدفع الأجرة ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد"[2].

فالمحكمـــة لا تستطيع أن تقضي بفسخ عقد الحكر لتأخر المحتكر في دفع الأجرة ســـنة أو سنتين، أو ثلاث سنوات غير متواليات كما لو تأخر سنتين ثم دفع السنة الثالثة وبعد ذلك تأخر في الوفاء بأجرة السنة الرابعة، وكل ما يملك المحكر في هذه الحالة هو أن يطلب الحكم على المحتكر بالأجرة المتأخرة، وينفذ بها على أمواله مع الـــتعويض إن كان له محل، ذلك أن الحكر يختلف عن الإجارة العادية في أنه حق عـــيني يكلـــف المحتكر نفقات كثيرة، ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد الفترة الملائمة من الزمن[3].

وكذلك يلزم على المحتكر أن يصلح الأرض المحتكرة، فإن المحكر لم يكن ليقبل تثقـــيل الأرض بحق الحكر، وهو حق خطير يكاد يستغرق حق الملكية، في مقابل أجرة زهيدة كأجرة الحكر، وقد أورد السنهوري في هذا نص القانون من التقنين المـــدني المادة ١٠٠٧ وورد في النص: " على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم

---

[1] المصدران نفساهما

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٩٨.

[3] المصدر نفسه ٦ ص ٥٩١

لجعـــل الأرض صـــالحة للاستغلال مراعيا في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة"[1].

فعلى المحتكر اتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستغلال، فيردمها إذا كانت منخفضة، ويرممها إذا كانت في حاجة إلى الترميم، ويعيد بناءها إذا كانت خـــربة، ويسوي سطحها لجعلها صالحة للزراعة إن كانت أرضا زراعية مع تطهير الترع والمصارف أو حفر ما يلزم الأرض من ذلك إذا لم يكن موجودا.

وعـــلى المحتكر مراعاة الشروط المتفق عليها فإن لم يكن هناك شروط فعلية أن يـــراعي طبيعة الأرض، فالأرض الزراعية غير أرض البناء، ويراعي كذلك الغرض الـــذي أعـــدت له الأرض، فالأرض التي أعدت لزراعة الفاكهة غير الأرض التي أعـــدت لـــزراعة الزهور وغير الأرض التي أعدت للمحصولات العادية، ويراعي أخيرا ما يقضي به عرف الجهة فقد يقتضيه العرف عناية خاصة أو مسلكا خاصا في استغلال الأرض.

فعند عدم قيام المحتكر بهذا الالتزام، يجب تطبيق القواعد العامة، فيجوز للمحكر مطالـــبة التنفيذ العيني أو الفسخ، مع التعويض في الحالتين إن كان له و لم يتطلب القـــانون شرطا خاصا لطلب الفسخ، بخلاف التأخر في دفع الأجرة حيث تطلب القـــانون أن يكون التأخر عن أجرة ثلاث سنوات متواليات، فيترك الأمر لتقدير القاضي إذا طلب منه الفسخ، يستجيب إلى الطلب أو لا يستجيب[2].

هـــذا وقد ورد في كتاب الحقوق العينية الأصلية ما يدل على أن أجرة الحكر تكون أجرة المثل حيث قال: " والخاصية الجوهرية في أجرة الحكر أن تكون أجرة

---

[1] المصدر نفسه ٦ ص ٥٩٣.

[2] انظر الوسيط ٦/ ١٤٨٠.

المثل من مبدأ التعاقد، ويجب أن تبقى أجرة المثل طول المدة، فتزيد الأجرة المتفق عليها أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حدا كبيرا زيادة أو نقصا[1].

فإن زادت أجرة المثل، فإن كانت الزيادة بسبب بناء المحتكر أو غراسه، فلا تلزمه الزيادة، وإن كانت زيادة أجرة الأرض من نفسها، لكثرة رغبات الناس في الصقع، تلزمه الزيادة إتماما لأجرة المثل[2].

---

[1] انظر قانون العدل والإنصاف المادة ٣٣٦، أحمد فتحي زغلول باشا ص ٢٩٠، استئناف أهلي ٢ مايو ١٩٠٢ الحقوق ص ١٧ ص ٢١١، ٣١ يناير ١٩٢٨ (دائرة درويش باشا ومسيو وسودان ومصطفى محمد بك) المحاماة ٨ رقم ٤٩٤ ص ٨٠٩) نقلا عن الحقوق العينية الأصلية٢/ ٥٨٠.

[2] قانون العدل والإنصاف المادة ٣٣٧.

ما جرت عليه وزارة الأوقاف:

كانت وزارة الأوقاف فيما مضى تكتفي بمليمين ونصف مليم للحكر السنوي لكل ما قيمته جنيه واحد، ولكنها في منشورها العام رقم ٦٧ المؤرخ في ١١ من سبتمبر سنة ١٩٢١ جعلت الحكر كل ريع الأرض.

ثم عدلـــت عن ذلك في منشورها العام رقم ٧٦ المؤرخ في ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٢٢، فجعلت أجرة الأرض حرة تسعة في المائة من ثمنها، والحكر ثلاثة في المائة من ثمنها.

ثم عدلت في مذكرتيهارقمي ٥٣٣ و ٥٧٣ سنة ١٩٢٥ المرفوعتين إلى مجلسها الأعلى، واقترحت جعل أجرة الأرض حرة ستة في المائة، وحكرها السنوي ثلث الستة في المائة المذكورة.

وأخـــيرا قـــرر مجلس الأوقاف الأعلى في ١٢ من يناير سنة ١٩٢٦ عدم قبول اقتراح الوزارة المذكور، والعدول عن جميع القواعد السابق اقتراحها، وندب لجنة برياســـة وكيل الوزارة وعضوية بعض الاقتصاديين والشرعيين لوضع قواعد زيادة الحكـــر التي تراها، وقد قدمت هذه اللجنة تقريرها، وأصدر به مجلس الأوقاف الأعـــلى قـــرارا هذا نصه[1]: " نظر المجلس في موضوع تقدير قيم الأحكار وقيم استبدالها والقواعد التي سبق أن وضعتها الوزارة لهذا الغرض والتعديلات التي رؤى أخيرا ادخالها على هذه القواعد... ورأى بجلسة ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الأخذ بما اقترحه حضرة صاحب الفضيلة رئيس المحكمة العليا الشرعية، ووكل إلى فضيلته وضع صيغة الاقتراح ليقرره المجلس في جلسته المقبلة، وفي جلسة اليوم قرر فضيلته ما يأتي:

١- الاحتكار عقد إجارة يفيد المحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكـــورة ما دام يدفع أجرة المثل، فالأرض المحكورة يتعلق بها حقان: حق

[1] هذا القرار منشور في المحاماة ٦ رقم ٤١٢ ص ٦٦٧.

مـــالك الرقـــبة، وبسببه يستحق أجرة المثل، وحق المحتكر وهو البناء على الأرض والقرار عليها مادام يدفع أجرة المثل.

٢- فـــإذا أريـــد استبدال أرض محكورة فلا يمكن أن تعامل معاملة الأرض الحـــرة الخالية من الاحتكار، لأن الحق الناشئ عنه من العيوب التي تلحق به نقصا في قيمتها، وإنما السبيل إلى معرفة القيمة التي يصح الاستبدال بها هو ملاحظة ما يأتي:

٣- تقدر أجرة المثل على الأرض المحكورة ملاحظا عند تقديرها غض النظر عن جميع الأعمال التي عملها المحتكر في الأرض من بناء وغيره والتي عمـــلها حولهـــا أيضـــا لتحسينها، وينظر فقط إلى الأرض نفسها بالنسبة لصقعها الذي هي فيه، وإلى رغبات الناس العامة فيها وإلى حالتها باعتبارها مشـــغولة بحق المحتكر، وتجعل أجرة المثل مدة عشرين سنة هي القيمة التي يصح الاستبدال بها، إلا إذا كانت الأرض في صقع لا يمكن مالك أرض فيه أن يســـتغل ثمـــن أرضه في تلك المدة، بل يحتاج إلى مدة أطول، ففي هذه الحالة تضرب أجرة المثل في عدد السنين التي يستغل المالك فيها ثمن أرضه.

وقد قرر فضيلته أن هذا يتفق مع القواعد الشرعية والمبادئ الاقتصادية واقترح أن يعمل به.

فوافق المجلس على هذا الاقتراح، وقرر العمل بآراء فضيلة الأستاذ.... وقد بنى رأي اللجنة على ما يأتي:

إن القـــانون المدني، في المادة ١١ منه، عرف الملكية بأنها هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة، ويكون بها للمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية وفي كافة ماهو تابع له، وأنه يؤخذ مـــن هذا التعريف أن حق الملكية يتكون من ثلاثة عناصر: أولا حق الاستعمال، ثانيا حق الانتفاع، ثالثا حق التصرف.

ولما كان حق الحكر الذي يقرره المالك على العين يعطي المحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل، فهو في نظر اللجنة بمثابة إعطاء المالك حق الانتفاع بالعين مادام يدفع أجرة المثل، وهذا الحق يكاد يكون أبديا، لأن المحتكر لا يضن عادة على المالك بدفع الحكر خشية زوال حقه وهدم مبانيه التي يكون قد صرف عليها مصاريف باهظة تفوق ثمن الأرض وزيادة، وفوق ذلك فإن إعطاء الحكر يحرم صاحب الرقبة نهائيا من حق استعمالها لمصلحته ولم يبق له بعد ما تقدم إلا حق التصرف في العين، وهذا الحق معيب، وهذه العيوب لها تأثيرها من الوجهة الاقتصادية فإنه لا يمكن التصرف في العين المملوكة عادة إلا لصاحب المنفعة، ومن النادر أن يقدم شخص على شراء عين محكورة، لأنه لا فائدة له من هذا الشراء، إلا إذا أخذ قيمة الحكر، وهي مما لا يطمع فيه لمن يريد الاستغلال.

ولذلك رأت اللجنة للاعتبارات السالفة الذكر تقدير حق مالك الرقبة بالثلث وحق صاحب المنفعة بالثلثين من قيمة الأرض حرة خالية من البناء، وأنه تبين للجنة أن احتساب ريع الأرض بواقع تسعة في المائة من ثمنها لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في القطر المصري الآن، لأن رؤوس الأموال المستثمرة في العقارات لايمكن أن تعطي تسعة في المائة، بل عادة تكون خمسة في المائة أو ستة، لهذا رأت اللجنة احتسابها بواقع خمسة في المائة، ولا يعدل عن هذه القاعدة إلا في أحوال استثنائية يقضي فيها صقع الأرض والرغبة فيها بالزيادة أو النقص عن القدر المتقدم ذكره[١].

وقد أرادت وزارة الأوقاف في بعض القضايا تطبيق القاعدة التي رأتها اللجنة السالف ذكرها، ولكن محكمة مصر الابتدائية[٢]، قررت أنها مع تقديرها لأعمال

---

[١] من حكم مصر الابتدائية ٢٤ أبريل ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٩ ص ٩٥.

[٢] مصر الابتدائية ٢٤ أبريل ١٩٥٨ (دائرة عبد السلام كساب بك والقاضي الياس حنين بك والقاضي

اللجنة في ذاتها، وتصويب رأيها فيما ذهبت إليه من المبادئ، فإنها ترى أن اللجنة بتحديدها الثلث والثلثين على الوجه الذي أشارت به لم ترتكن على أية قاعدة اقتصادية أو قانونية، بل جاء تقديرها بهذا التحديد جزافا أيضا، ولا يمكن الاعتداد به ما دام غير مبني على وجه قانوني يقتضيه[1].

وأضافت المحكمة أن القواعد السابقة كانت أبعد عن دائرة الصواب، لأن بعضها كان جزافا والبعض الآخر كان يجعل الحكر بمقدار ربع الأرض حرة، وهو خطأ بين للأسباب التي شعرت بها اللجنة وذكرتها في تقريرها، وبما أن القواعد الشرعية الثابتة تقضي بأنه على كل حال لا تقبل زيادة الحكر إلا إذا زادت قيمة الأرض زيادة بينة من نفسها، فالقاعدة المنطقية التي تتفق مع المبادئ القانونية والقواعد الشرعية هي، على حسب ما تراه المحكمة، وجوب المحافظة على النسبة بين مقدار الحكر في وقت إنشائه وثمن الأرض في ذلك الوقت، بحيث إذا زادت قيمة ثمن الأرض أو نقصت زاد الحكر أو نقص تبعا لهذه الزيادة، وبمقدارها، وبعبارة أخرى أنه إذا زادت قيمة الأرض بمقدار الضعف زيادة ناشئة من الرغبة في الأرض لذاتها استوجب ذلك زيادة الحكر ضعفا أيضا وهكذا بنسبة الزيادة،

محمد توفيق درويش) المحاماة ٩ رقم ٥٩ ص ٩٥ الجدول العشري الأول للمحاماة ٢١٣٦ المجموعة ٣٠ رقم ١٤ ص ٣٧.

قانون استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٢ المجموعة ٣٣ رقم ٢٤١: لتقدير قيمة الحكر ترى المحكمة الأخذ بالقاعدة التي قررتها وزارة الأوقاف على أن للملكية عناصر ثلاثة: حق الاستعمال وحق الانتفاع وحق التصرف، وأن للمحتكر الحقين الأولين وللمحكر الحق الأخير باعتباره مالكا للرقبة، وعلى ذلك يحق للمحكر مطالبة المحتكر بثلث أجر المثل الحاضر الذي يجب تقديره طبقا للمادتين ٣٣٦و ٣٣٧ من كتاب قدري باشا، ولا ترى المحكمة الأخذ بالطريقة الأخرى التي ترجع تقدير قيمة الأرض لوقت إنشاء الحكر لمعرفة نسبة الحكر إلى قيمتها في ذلك الحين، ثم تقدير قيمتها في الوقت الحاضر ورفع قيمة الحكر على أساس هذه النسبة، وفي الطريقة الأولى تحقيق لقواعد الفقه المقررة، وفي الثانية صعوبات عملية قد يستحيل معها التقدير عن أوقات مضت وانقضت معها ظروفها.

وكذلك الحال في حالة النقص[1]، هذه القاعدة لم تأت بها المحكمة جزافا، بل بنتها على أن الحكر إنما تقدرت قيمته وقت إنشائه باتفاق الطرفين المتعاقدين في ظروف بحسب مراعاتها وقت التقدير، وأخصها قيمة الأرض وما يمكن أن ينشأ عنها من الغلة، ولا شك أن في حالة زيادة ثمن الأرض أو نقصانه يجب أن يكون الحكر متمشيا مع قيمة الأرض زيادة ونقصانا.

وقد عرض الموضوع على محكمة الاستئناف، فقررت أن وزارة الأوقاف لم تثبت على مبدأ واحد في تقدير الحكر، وبالتالي في تقدير الزيادة الواجب إضافتها إلى الحكر القديم، فلا محل حينئذ للقول بأن للوزارة قاعدة تسير عليها حتى أصبحت عرفا أقرها عليه القضاء وأصبحت واجبة الاحترام، والقاعدة الأخيرة التي تريد الوزارة أن تتبعها قاعدة تخالف الحكمة المقصودة من الحكر، إذ كان أساس هذه القاعدة النظر إلى قيمة الأرض حرة، مع أن الواجب افتراض أرض توافرت فيها الشروط التي تبيح الحكر، أي أرض خربة أو سبخة ضعيفة فاتت منفعتها ولا سبيل لاستغلالها، هذا فضلا عن أن تقسيم الريع إلى ثلاثة أقسام هو تقسيم تحكمي، فقد جعل تبعا للحقوق الثلاثة التي على العين (حق الرقبة وحق المنفعة وحق الاستعمال) وليس حتما أن تكون هذه الحقوق متساوية فيما بينها في القيمة، حتى يصح أن يقسم الريع بينها بالتساوي، ويظهر ذلك جليا في قطعة أرض صغيرة المساحة يقام عليها مبان شاهقة قيمة، فحق الرقبة لا يمكن أن يساوي حق المنفعة أو الاستعمال، وقد قضت المادة ٣٣٧ من قانون العدل والإنصاف لقدري باشا صراحة بوجوب دفع الحكر حتى تتم أجرة المثل، ولكنها لم تبين كيفية تقدير أجرة المثل، وأما النص على أن (للمتولي أن يؤجر الأرض والبناء بإذن صاحبه ويقسم الأجرة على البناء والعرصة فما أصاب البناء يعطي لمالكه وما أصاب العرصة فللوقف) فإنه لم يبين كيفية القسمة ومقدار الأنصباء، فوجب حتما

---

[1] راجع أيضا الاسكندرية استئنافي ٢٢ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية ١٥ ص ٢٣ مرجع القضاء ٤٥٠١.

الرجوع إلى أرض مماثلة للأرض المحكرة، ومعرفة قيمتها ومساواة الأرض موضوع الدعــوى بها، إلا أن العمل بهذه القاعدة قد يتعذر، بل ويستحيل أحيانا، فيرجع الأمر في ذلك لتقدير وهمي قد يخطئ وقد يصيب.

ولذلــك ترى محكمة الاستئناف أن أعدل طريق لتقدير الزيادة يكون بالرجوع إلى النســبة بين الحكر القديم وثمن الأرض وقت التحكير، خصوصا إذا لوحظ أن منشئ الحكر هو الذي وضع هذه النسبة وأقره عليها القاضي الشرعي عندما أجاز الــتحكير، وأن هــذه النسبة هي التي تحقق مبدأ الزيادة التي تجئ من نفس صقع الأرض.

وكانــت وزارة الأوقاف قد اعترضت على هذه القاعدة بأنها لم تطبق تطبيقا صحيحا، لأن: (أ) ثمن الأرض وقت التحكير غير معروف، و(ب) حجة التحكير الأصلية غير موجودة، وردت محكمة الاستئناف على ذلك بقولها: أن عدم وجود حجــة التحكير الأصلية لا يمنع من الالتجاء إلى القواعد العامة في طرق الاثبات لمعــرفة أصل التحكير أو الثمن، وقد تمسكت الوزارة نفسها بهذه القواعد عندما طالبها المحتكر بتقديم حجة الحكر الأصلية، إذ ادعى أن المحتكر الأصلي احتفظ بحقه في عدم قابلية الحكر للزيادة[1].

رأي المحاكم الأهلية:

ممــا تقدم يرى أن بعض المحاكم الأهلية يقضي بالرجوع إلى النسبة بين الحكر القــديم، وثمن الأرض وقت التحكير، بحيث إذا زادت قيمة الأرض أو نقصت زاد الحكر أو نقص تبعا لهذه الزيادة وبمقدارها[2].

---

[1] استئناف ٦ يناير ١٩٣١(دائرة محمد عبد الهادي الجندي بك وعلى حيدر حجازي بك وأحمد مختار بك) المحاماة ١١ رقم ٤٧١ص ٩٤٠ المجموعة ٣٣ رقم ١٢٥ص ٢٣٦ مرجع القضاء ٤٤٩٩.

[2] مصر ٢٤ أبريل ١٩٢٨ المتقدم، استئناف ٦ يناير١٩٣١ المتقدم- الاسكندرية استئنافي ٢٢ يناير ١٩٣٠المتقدم.

وقد حكم بأنه إذا هبطت قيمة الأرض المحكرة هبوطا عظيما بسبب مضي زمن مديد أو بسبب حادث من الحوادث القهرية وجب أن ينقص الحكر بسبب نقصان قيمة الأرض المحكرة، ويراعي في التقدير الجديد النسبة بين قيمة ما تساويه الأرض من الإيجار اليوم وبين ما كانت تساويه وقت تقرير الحكر عليها[1].

ورأى بعض المحاكم أن التقدير يكون بحسب القيمة المدفوعة في نفس الزمن عن الأرض المجـــاورة إن كانـــت مماثلـــة[2]، أي أنه يحصل قياسها على أجرة عين مثل الأرض المحكرة سبق تحكيرها وقبل قيمة الحكر كل من المحكر والمحتكر وأجاز لهما القاضي التحكير[3].

وحكم بأنه يجب أن تقدر قيمة الحكر بنسبة ما يساويه العقار من الإيجار، ولا يصح اتخاذ الحكر المربوط على الأراضي المجاورة مقياسا لأجر المثل، خصوصا إذا كـــان الحكر المربوط عليها بلغ حده الأقصى، فمن العدالة إذن أن يأخذ متوسط الأحكار بحيث يكون الحكر دائما أجرا معتدلا مناسبا لا يراد العقار، لا أن يكون ضريبة فادحة على المحتكر[4].

رأي المحاكم المختلطة – (١) يقضي معظم أحكام المحاكم المختلطة بأن الأصل أن الحكر لا يجوز فيه الزيادة والنقصان، لأن الحكر لا يمكن أن يشبه بعقد الإيجار العـــادي الـــذي هو مؤقت والذي يخضع من حيث مقدار الأجرة لتقلبات قانون العرض والطلب.

---

[1] خانكي بك ٣٧٢.

[2] مصر الابتدائية ٧ يناير ١٩٠٨ (دائرة محمود رشاد بك ومستر كالويبي والقاضي محمد مصطفى) المجموعة ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨– استئناف مختلط ١٢ يونيه ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٢٥ ص ٣٨٣.

[3] استئناف ٦ يناير ١٩٣١ المتقدم المجموعة ٣٣ رقم ١٢٥ ص ٢٣٦ المحاماة ١١ رقم ٤٧١ ص ٩٤٠.

[4] استئناف مختلط ١٧ نوفمبر١٨٩٨(١٠ص٩) خانكي بك ٣٧١.

ولا تجـــوز الزيادة والنقصان إلا في أحوال استثنائية يجب عدم التوسع فيها، ولا ينبني عليها تشبيه الحكر بعقد الإيجار العادي[1].

ومـــن رأي كـــثير من الأحكام أنه تجب المحافظة على النسبة التي قررها منشئ الحكر بين ثمن الأرض وقت إنشائه وأجرة الحكر وقتئذ[2].

وإذا كانت شروط الزيادة والنقصان مبينة في حجة إنشاء الحكر فإنه يجب على المحاكم مراعاة هذه الشروط إذ أن الحكر عقد رضائي، فالشروط المدونة في حجة الإنشاء تحدد حقوق كل من الطرفين[3].

(ب) ويـــرى قليل من الأحكام أن الحكر هو عقد إيجار يدفع فيه المحتكر أجر المثل، فيجب أن تطبق فيه قواعد هذا العقد[4].

وقضـــت بعض المحاكم بأن المحتكر يجب عليه أن يدفع أجرة مساوية للتي تدفع عـــن الأراضي المماثلة، ويجب ألا يكون لقيمة الحكر الأصلية تأثير كبير في تقدير أجـــر المثل فقيمة الحكر زهيدة جدا بدرجة لا تتناسب مطلقا مع القيمة الحقيقية للأرض المحكرة[5].

---

[1] استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر ١٨٩٢(٥ص٢٥) ٢١فبراير ١٩٢٤ (٣٦ص٤٠) ٢٦ مايو ١٩٢٥(٣٧ ص ٤٥٣) ٩ يونيه ١٩٢٥ (٣٧ص ٤٨٢) ٦ أبريل ١٩٢٦ (٨ ص٣٢٢) بسطوروس رقم ٣٤٩.

[2] استئناف مختلط ٢٦مايو ١٩٢٥ (٢٧ ص٤٥٣) ٩يونيه ١٩٢٥(٣٧ص٤٨٢) ٦أبريل ١٩٢٦(٣٨ص ٣٢٢).

[3] استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٢٥ (٣٧ص ٤٨٢).

[4] استئناف مختلط ٧مارس ١٩١٨(٣٠ص٢٧٠)١٢يونيه ١٩٢٤(٣٦ص٤٣٣).

[5] استئناف مختلط ١٢يونيه١٩٢٤(٣٦ص٤٣٣)جازيت ١٥رقم ١٢ص١٢ المحاماة ٥ رقم ٣٢٥ص ٣٨٣ وتعليق المحاماة، الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٢١٢٨ وقد رفعت المحكمة الحكر من سبعة قروش (وهي قيمة الحكر الأصلية من مائة سنة تقريبا) إلى ٣٠٠ جنيه، أي زادت الحكر أكثر من ٤٠٠٠ ضعف.

رأي محكمة النقض:

من رأي محكمة النقض " أن ما قرره الشرع والقانون (لائحة الأوقاف) من أن تقديــر أجرة الحكر يكون على مثل أرض الوقف يقتضي معرفة ماذا كانت عليه حالة أرض الوقف عند التحكير فربما كانت بركة أو قاعا منحطا أو تلا أو أنقاضا مـــتهدمة، فردمها المحتكر أو أزال التل والأنقاض، بنفقة من طرفه، حتى أصبحت صـــالحة للبناء أو الغراس، فمثل هذه الأرض عند تقدير أجرتها لابد من أن يكون الـــتقدير باعتـــبار أنها بركة أو قاع أو تل أو أنقاض متراكمة، وبما أن كثيرا من الأوقـــاف المحتكرة يصعب معرفة أصل حالتها عند التحكير لمضي الزمن، فالمحتكر هـــو المكلف اثبات حالتها تلك القديمة، إذ هي من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمـــر، وقاضي الموضوع متى تحرى وحقق وقدر للأرض حالة أصلية خاصة، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصة واعتمدها القاضي، وبين في حكمه علة اعتباره إياها عـــلى هـــذه الحالة الخاصة في مبدأ التحكير، كان رأيه في ذلك طبعا من مسائل الموضوع التي لا رقابة عليه فيها"[1].

ولا يلاحظ في تقدير الأجرة سوى حالة الصقع (أي الجهة والناحية) الذي فيه الأرض المحكـــورة ورغـــبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع البناء الذي أقامه المحتكر[2].

وحـــق القرار الذي للمحتكر لا تأثير له في تقدير قيمة الحكر، لكن البناء الذي يقيمه المحتكر في أرض الوقف من شأنه أن يقلل من هذه القيمة، وهي أجر المثل إذا كـــان له دخل ما في تحسين صقع الجهة التي فيها أرض الوقف، بحيث أن قاضي

---

[1] نقض ١٤يونيه١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١رقم ١٩٨ ص ٤٣٩ المجموعة ٣٥ رقم ٢٠٧.

[2] نقض ٢٠ أبريل ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانوية ٢ رقم ١١٥ ص ٣٣١.

الموضوع متى اقتطع من أجر المثل قدرا ما مقررا أنه ثبت له أن بناء المحتكر قد زاد في الصقع بقدر هذه الحطيطة التي اقتطعها فلا رقابة لأحد عليه[1].

في القانون الجديد – قنن القانون الجديد القضاء المصري والشريعة الإسلامية، فنص في المادة ١٠٠٥ على أنه: " يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة ايجارية وقت التقدير، ويراعي في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها مـــن تحسين أو اتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة، ودون تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار".

وكـــان نـــص هذه المادة في المشروع التمهيدي: " يرجع في تقدير الزيادة أو الـــنقص إلى مـــا للأرض من قيمة ايجارية وقت التقدير، على أن يراعي في ذلك الغرض الذي أعدت له الأرض وحالتها عند التحكير وموقعها ورغبات الناس فيها دون اعتـــبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف وبغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غرس".

وقد عدلتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على الوجه المتقدم، وقالت أن أهم ما في هذا التعديل هو إضافة العبارة الأخيرة حتى لا يدخل في الحساب ما يقع من تحسين أو نقص في الصقع ذاته متى كان راجعا إلى فعل المحتكر وحتى لا يكون ثمة اعتبار لما للمحتكر من حق في القرار على الأرض.

ويلاحـــظ أن النص الذي وافقت عليه اللجنة يصرف النظر عن الماضي، كما يصرف النظر عما أصاب الأرض من إتلاف أو تحسين أدخل على الأرض بسبب البناء، فلا يضار به المحكر، وكذلك يجب ألا يستفيد من التحسين[2]

المقارنة:

---

[1] حكم النقض المتقدم.

[2] راجع محضر جلسة لجنة القانون المدني الثالثة والستين، نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/٥٩٠-٥٩١

اتفق الفقه والقانون على أن المحتكر ملزم بواجبات هي دفع الأجرة، وأن الفقه يرى إلزام زيادة أجرة المثل إن كانت زيادة أجرة الأرض من نفسها لكثرة رغبات الناس في الموقع، وأما إن كانت الزيادة بسبب البناء والعمارة التي أقامها المستحكر فلا تلزمه الزيادة، إلا أن القانون ينص على وجوب دفع الأجرة المتفق عليها. وهذا أيضـــا يوافق الفقه لأن الفقهاء يقولون إن أبى المستأجر ينظر إن رفعت البناء ولا تستأجر بأكثر من أجرة المثل تترك في يد المحتكر بذلك الأجر لعدم الضرر على الجانـــبين، وهـــذا إذا كانت في أثناء مدة الإجارة، أما إن فرغت المدة ولم يكن للمستأجر في الأجرة غراس أو بناء قائم فعلا فليس هو أحق بالإجارة إذ لا يكون له حق القرار، وإن كان له فيها بناء أو غراس فهو أولى من غيره بأجرة المثل فإن لم يرض أن يدفع أجرة المثل يؤمر برفع البناء، والقانون يوافق الفقه لأنه قد ورد فيه بـــأن أجـــرة الحكر تزيد وتنقص تبعا لزيادة أجرة المثل أو نقصها، إلا أن القانون أطلـــق الزيادة والنقصان ولم يفصل بينهما إذا كانت أجرة الأرض لكثرة رغبات الناس أو لسبب البناء والعمارة.

وأيضـــا القانون لم يفرق فيما إذا كان الحكر في أرض الوقف أو في أرض غير الوقف فجعل كلاهما تبعا لأجرة المثل زيادة ونقصانا بخلاف الفقه، فإنها تؤكد بأن الأراضـــي غير الموقوفة إذا زاد أجرة المثل في مدة العقد فللمستحكر أن يتمسك بـــالعقد ويرفض الزيادة ولعلهم يستندون في ذلك إلى قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عند شروطهم"[2].

وأيضا القانون يلزم المحتكر اتخاذ كافة الوسائل لجعل الأرض صالحة للاستغلال ومراعاة الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له وما يقضي به عرف الجهة، كما أن القانون الجديد يرجع تقدير الزيادة والنقصان إلى ما للأرض من

---

[1] سورة المائدة الآية: ١

[2]

قيمة ايجارية وقت التقدير، بشرط مراعاة الغرض الذي أعدت له الأرض وحالتها عند التحكير وموقعها ورغبات الناس فيها دون اعتبار لما يحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف وبغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غرس. والفقه حينما أباح الحكز إنما أباحه لمصلحة العامة فإذا لم يتخذ الوسائل المقررة إلى الإصلاح فلا فائدة في مثل هذه الإجارة، فالقانون لم يخالف الفقه في هذه المسألة.

المبحث الخامس

مدة الحكر ومتعلقاهما وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

بيان المدة في الحكر

لم يختلف الفقهاء على أن التحكير نوع من الإجارة، والشرط في الإجارة من حيث الأصل العلم بالمدة ابتداء وانتهاء أما في التحكر فقد اختلفوا فيه وقبل أن أذكر هذا الاختلاف أريد أن أبين اطلاق المدة وتحديدها

اختلف الفقهاء في مدى حرية من له إجارة الوقف، في مدة إجارته، هل له أن يؤجر الأعيان الموقوفة مدة غير محددة، أم يجب أن تكون المدة محددة بزمن معين؟

وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: يرى أن التحكير لا تصح إجارته إجارة مطلقة، بل يجب تحديدها بمدة معينة، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية[1] والحنابلة[2] والمالكية[3] وبعض متأخري الحنفية[4].

قال الشربيني الخطيب: " يصح عقد الإجارة مدة معلومة تبقى فيها العين المؤجرة غالبا، لامكان استيفاء المعقود عليه"[5]

وينقل الحطاب عن المتيطي[6]، قوله:[7] " يجوز كراء من حبس عليه الأعيان أو

---

[1] انظر مغني المحتاج ٢/ ٢٤٩، وقارن مع أسنى المطالب ٢/ ٤٦٥

[2] انظر كشاف القناع ٢/ ٢٤٩، ومطالب أولى النهى في شرح المنتهى ٤/ ٣١٥ -٣١٦.

[3] راجع شرح الخرشي ٧/ ٩٩، ورسالة الحطاب ص ٢٧ مخطوط.

[4] الإسعاف ص ٥٣ -٥٤، وأنفع الوسائل ص ١٩٥ -١٩٨ والفتاوى الخانية ٣/ ٣٣٢

[5] انظر مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩

[6] هو علي بن عبد الله بن إبراهيم بن محمد، أبو الحسن، الأنصاري المالكي المتيطي - نسبة إلى متيطة قرية بأحواز من جزيرة الخضراء فقيه، قاضي، ولي قضاء شريش، من تصانيفه: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، توفي سنة ٥٧٠هجرية.
(هدية العارفين ١/ ٧٠٠، وإيضاح المكنون ٢/ ٦٩٣، ومعجم المؤلفين ٧/ ١٢٩).

[7] رسالة الحطاب ص ٢٧ مخطوط.

الأعقاب، العامين لا أكثر، في رواية ابن القاسم[1].

وذكر هلال في وقفه: " الإجارة جائزة إذا أجرها إلى وقت معلوم"[2].

القـــول الثاني: يرى جواز التحكير مطلقا، من غير تقدير للمدة مهما طالت، وإلى هذا ذهب متقدموا الحنفية.

قـــال الطرسوســـي[3] في فـــتاويه: " إن المـــتقدمين من أصحابنا لم يقدروا المدة في الـــتحكيربل جـــوزا إجارتـــه مطلقا، أي مدة كانت، سواء كان الموقوف ضيعة أو غيرها"[4].

ومن القائلين بهذا من متأخري الحنفية أيضا: أبوالحسن علي السفدي[5] وأبو بكر البلخي[6]،

---

[1] ابن القاسم: هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، أبو عبد الله ويعرف بابن القاسم، فقيه يجمع بين الزهد والعلم، تفقه بالإمام مالك ونظرائه، ولد عام ١٣٢هـــ بمصر، له المدونة الكبرى وهي من أجل كتب المالكية رواها عن الإمام مالك، توفي سنة ١٩١هـــ .
(وفيات الأعيان ١/ ٢٧٦، والأعلام ٣/ ٣٢٣).

[2] انظر أنفع الوسائل ص ١٩٨.

[3] الطرسوسي: هو إبراهيم بن علي بن أحمد بن عبد الواحد الطرسوسي نجم الدين، ولد في دمشق سنة ٧٢١هـــ وولى قضاءها بعد والده سنة ٧٤٦ وأفتى ودرس وله مؤلفات كثيرة منها: الإشارات في ضبط المشكلات، والأعلام في مصطلح الشهود والحكام، والاختلافات الواقعة في المصنفات، وأنفع الوسائل يعرف بالفتاوى الطرسوسية، وذخيرة الناظر في الأشباه والنظائر في فقه الحنفية وغيرها، توفي عام ٧٥٨ (انظر الدرر الكامنة ١/ ٤٣، والنجوم الزاهرة ١٠/ ٣٢٦، وكشف الظنون ١/ ٩٧، والأعلام ١/ ٥١)

[4] المصدر نفسه ص ١٩٨.

[5] أبو الحسن علي السغدي: هو علي بن الحسين ركن الإسلام أبو الحسن السغدي نسبته إلى سغد بضم السين المهملة وسكون الغين المعجمة، من نواحي السمرقند، كان إماما فاضلا مناظرا، سكن بخارى وتصدر للإفتاء وولى القضاء وانتهى إليه رئاسة الحنفية، تكرر ذكره في فتاوى قاضيخان وسائر مشاهير الفتاوى أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخسي وروى عنه شرح السير الكبير توفي سنة ٤٦١هـــ.
(انظر الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٢١).

[6] أبو بكر البلخي: هو محمد بن أحمد أبو بكر الإسكاف البلخي إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة عن أبي سليمان الجوزجاني وتفقه عليه أبو بكر الأعمش محمد بن سعيد، وأبو جعفر الهندواني، توفي سنة ٣٣٣هـــ.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص: ١٦٠).

والقاضي أبو علي النسفي[1] فصار قولهم موافقا لقول المتقدمين منهم[2].

الرأي المختار:

والمختـــتار للعمل والفتوى، هو ما عليه الجمهور، بما فيهم متأخروا الحنفية ، من أن اطلاق التحكير لا يجوز وذلك لأسباب تالية:

أولا: إن المـــدة في إجارة ألوقف إذا طالت أدى ذلك إلى اندراس الوقف وخرابه، وبالتالي إلى الإضرار بالمستحقين[3].

ثانـــيا: إن أحوال الناس متغيرة متطورة، وقد يزيد ذلك في أجرة الوقف أو ينقص مـــنها، فـــالجمود على إجارة طويلة الأمد يضر بأحد الأطراف، والقاعدة الشرعية تقول:" لا ضرر ولا ضرار"[4].

ثالـــثا: إن إطـــلاق الإجارة قد يؤدي إلى أن يتملك المستأجر للحكر بطول المدة، فتـــندرس سمة الواقفين، ويتسم بسمة الملكية خاصة في حال كثرة الظلمة في زماننا، وتغلبهم واستحلالهم لما حرم الله.

موقف الفقهاء من تحديد مدة لإجارة الحكر:

وأما التحكير لمدة طويلة كما هو معروف من لفظه فقد اختلف العلماء فيه وذلك على النحو التالي:

---

[1] أبو علي النسفي: هو القاضي أبو علي النسفي الحسين بن خضر تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل وأخذ عنه وعن عبد الله الأستاذ، واخذ عنه شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني، وجعفر بن محمد النسفي وله مؤلفات منها: الفوائد والفتاوى، وكان إمام عصره مات سنة ٤٢٤هـ.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٦٦).

[2] انظر الإسعاف ص ٥٢ -٥٣

[3] رسالة الحطاب ص ٢٧، والإسعاف ٥٢.

[4] أصل هذه القاعدة هو الحديث الذي رواه مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وأحمد وغيرهم، بلفظ: " لا ضرر ولا ضرار" أو بلفظ: " لا ضرر ولا إضرار". (انظر آداب الشافعي ومناقبه لابن أبي حاتم الرازي، وهامشه ص ١٦٢، والفتح الكبير ٣/ ٣٤٦.

قال العدوي[1] من المالكية: جرى العرف عندنا بمصر أن الأحكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة، فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشرط فمن احتكر أرضا مدة ومضت فله أن يبقي وليس للمتولي أمر الوقف إخراجه، نعم إن حصل ما يدل على قصد الإخراج بعد المدة وأنها ليست على الأبد يعمل بذلك[2].

قال الدردير[3] : " إذا لم تكن ضرورة تقتضي الكراء لأكثر مما تقدم: كما لو انهدم، فيجوز كراؤه بما يبنى به ولو طال الزمن، كأربعين عاما أو أزيد بقدر ما تقتضي الضرورة، وهو خير من ضياعه واندراسه"[4]

رأي الحنفية:

وكذلك عند الحنفية فإنه يثبت للمحتكر حق القرار إذا وضع بناءه في الأرض ويستمر ما دام أسس بنائه قائما فيها، فلا يكلف برفع بنائه، ولا يقلع غراسه ما دام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة.

ويشترط أيضا لبقاء المحتكر بأجرة المثل أن لا يكون فيه ضرر على الوقف، فإن كان فيه ضرر بأن يخاف منه على رقبة الأرض بفسخ القاضي الإجارة ويخرجه من يده،

---

[1] العدوي: هو محمود بن محمد بن محمد العدوي، نور الدين الصالحي المالكي المعروف بالزوكاري، فاضل من أهل الصالحية بدمشق، ووفاته بها، ولي نيابة القضاء وكان كما يقول المحبي من أصلح النواب في وقته له كتاب الزيادات، وتسمى الإشارات إلى أماكن الزيارات، توفي سنة ١٠٣٢هـ.
(انظر خلاصة الأثر ٤/ ٣٢٢، والأعلام ٧/ ١٨٣).

[2] العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩، وقانون العد و الإنصاف المادة ٣٣٤ - ٣٣٥

[3] الدردير: هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات الشهير بالدردير فاضل من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي "بمصر" وتعلم بالأزهر وتوفي بالقاهرة، من مؤلفاته: منيح القدير في شرح مختصر خليل، وتحفة الإخوان في علم البيان، توفي سنة ١٢٠١هـ .
(انظر الجبرتي ٢/ ١٤٧، الأعلام ١/ ٢٤٤، وفهرس دار الكتب ١/ ٤٨٥).

[4] انظر الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/ ٩٦

وكذا إن كان هو أو وارثه مفلسا، أو سيئ المعاملة، او متغلبا يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر[1]

رأي الشافعية:

يعتبر الشافعية من أكثر الفقهاء توسعة في هذا الباب، إذ أنهم لم يفرقوا في التحكير بين أرض الوقف والملك المطلق، فكما أن المالك حر في مقدار مدة إجارة ملكه، فكذا من له حق التحكير.

فإذا سكت الواقف عن تحديد مدة لإجارة وقفه، بأن لم يشترط مدة معينة للإجارة، فإنهم جازوا: أن تؤجر العين الموقوفة مدة معينة تبقى فيها العين المؤجرة غالبا[2] لإمكان استيفاء المعقود عليه.

وإذا كان الضابط العام في تحديد مدة الإجارة، هو: أن تبقى العين المؤجرة غالبا، فإنهم قالوا: أن المرجع في تحديد المدة هذه لأهل الخبرة، إذ لا توقيف فيه.

وللشافعية في تحديد المدة التي تجوز إجارة العين الموقوفة فيها، أقوال ثلاثة: تختلف باختلاف طبيعة العين، ونظر أهل الخبرة وأشهرها:

أنه يؤجر الدار والرقيق ثلاثين سنة، والدابة عشر سنين والثوب سنة أو سنتين على ما يليق به، والأرض مائة سنة أو أكثر.

رأي الحنابلة:

مذهب الحنابلة كمذهب الشافعية في التوسعة في تحكير العين الموقوفة، عند عدم تحديد مدة الإجارة، إلا أن قواعد المذهب تبيح لمن له الحق في تحكير الموقوف، أن يؤجر المدة التي يراها، مهتديا بذلك ومتقيدا ببعض الضوابط التي لا بد من مراعاتها في هذه الحالة:

---

[1] حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٠، والفتاوى الخيرية ١/ ٢٠٠.

[2] انظر المغني المحتاج ٢/ ٣٤٩

الضابط الأول: مراعاة العرف في إجارة الأعيان، على اختلاف أنواعها وطرق الانتفاع بها، كالدور، والبساتين، والأراضي الزراعية.

وذلك لأنهم يرون: أن العادة المستمرة، والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف[1].

وإذا كان الأصل أن الواقف يرغب في بقاء العين الموقوفة، ولا يزول رسمها، فلابد من مراعاة هذا الأصل بعد إجارة الوقف مدة يضيع معها كيانه، وتندرس معالمه، وتضيع منافعه.

والضابط الثاني: أن الحنابلة أجازوا مخالفة شرط الواقف عند تحديده مدة الإجارة، إذا كانت هذه المخالفة، اقتضتها ضرورة، أو لتحقيق مصلحة راجحة للوقف.

إذ القاعدة عندهم: أن الشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي[2].

ففي شرح المنتهى ما نصه: " ويتجه: أنه يجب العمل بالشرط إن لم يحتج زيادة على القدر المشروط، أما إذا احتيج، بأن تعطلت منافع الموقوف و لم يمكن تعميره إلا بذلك جاز"[3].

وإذا كان الأمر كذلك، من جواز مخالفة شرط الواقف للمصلحة فإنهم أجازوا إجارة الوقف إجارةطويلة، إذا كان في ذلك مصلحة للوقف.

وبذا يقول العلامة ابن القيم بعد رده القول بجواز مخالفة شرط الواقف: " فلا يحل لمفت أن يفتي بذلك، ولا حاكم أن يحكم به، ومتى حكم به نقض حكمه اللهم إلا أن يكون فيه مصلحة للوقف، بأن يخرب ويبطل نفعه، فتدعو الحاجة إلى إيجاره مدة

---

[1] انظر الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ١/ ٤٦٢.

[2] شرح غاية المنتهى ٤/ ٣١٥، وكشاف القناع ٢/ ٤٥١

[3] شرح غاية المنتهى ٤/ ٣١٥.

طويلـــة يعمـــر فيها بتلك الأجرة، فهنا يتعين مخالفة شرط الواقف، تصحيحا لواقفه واستمرارا لصدقته"[1].

والخلاصة أن جميع الفقهاء متفقون في المجموع على جواز التحكير لمدة طويلة وإن كـــان بعضهم يشترطون بأن لا يؤدي إلى الضرر بالوقف كما قال الحنفية والحنابلة، وأطلق المالكية بل قالوا بأن الأحكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة، والشافعية أكثر توسعا من بقية المذاهب فهم كذلك يجوزون التحكير لمدة طويلة من غـــير ذكر قيد، فعلي هذا اتفق فقهاء المذاهب على جواز التحكير لمدة طويلة متى ما كانت فيها مصلحة.

موقف القانون من المدة في الحكر:

وكمـــا بين الفقهاء المدة في التحكير كذلك ورد في القانون بيان المدة فقد ورد في التقنين المدني المصري المادة ٩٩٩ ما يأتي:

" لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة، فإذا ذكرت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة"[2].

---

[1] أعلام الموقعين ٣/ ٢٢٦

[2] ورد نص القانون في المادة ١١٥٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " الحكر عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الانتفاع بأرض، بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر، وذلك في مقابل أجرة معينة، ٢- لا يجوز الاتفاق على التحكير لمدة تزيد على تسع وتسعين سنة، فإذا اتفق على مدة أطول، أو على مدة غير محددة، أو أغفل الاتفاق تعيين المدة، اعتبر الحكر معقودا لمدة تسع وتسعين سنة، وفي لجنة المراجعة رؤي قصر الحكر على الأرض الموقوفة وتعديل المادة على الوجه الآتي:

"١- الحكر عقد يكسب المحتكر حقا عينيا على أرض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر، وذلك في مقابل أجرة معينة.

٢- ولا يجوز الاتفاق على التحكير لمدة تزيد على تسع وتسعين سنة، فإذا اتفق على مدة أطول أو على مدة غير معينة أو أغفل الاتفاق تعيين المدة، اعتبر الحكر معقودا لمدة تسع وتسعين سنة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٨ – ٥٧٠)

ويتبين من هذا النص أن الحد الأقصى لمدة الحكر في التقنين المدني الجديد هو ستون سنة، ولم يكن للحكر في عهد التقنين القديم حد أقصى، بل كان يصح أن يعقد الحكر لغير مدة معينة وفي هذه الحالة يبقى الحكر ما بقي البناء أو الغراس في الأرض وما بقي المحتكر يدفع الأجرة، وتقضي المادة ٧٠٢ من مرشد الحيران بأنه: " لا يكلف المحتكر برفع بنائه ولا قلع غراسه وهو يدفع أجر المثل المقرر على ساحة الأرض خالية من البناء والغرس" كما تقضي المادة ٧٠٤ بأنه " يثبت للمستحكر حق القرار في الأرض المحتكرة ببناء الأساس فيها أو بغرس شجرة بها، ويلزم بأجر مثل الأرض ما دام أساس بنائه وغراسه قائما فيها، ولا تنزع منه حيث يدفع أجر المثل" فكان الحكر على هذا النحو يصح أن يكون دائميا[1].

وقد حدد المشروع التمهيدي لمدة الحكر حدا أقصى للتضييق منه جريا على سياسته وكانت هذه المدة تسعا وتسعين سنة، وخفضت لجنة مجلس الشيوخ هذه المدة إلى ستين سنة " توخيا لإبراز معنى توقيت الحكر، ولا سيما بعد أن أصبح تعمير العين المحكرة واستبدالها ميسورين في مدة أقصر من المدة التي كان يقتضيها تحقيق هذين الفرضين في الزمن الماضي" فأصبحت الأحكار التي يصح أن تنشأ ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ على أراضي موقوفة لا يجوز أن تزيد مدتها على ستين سنة، فإذا اتفق المتعاقدان على مدة أقل جاز ذلك، وإن اتفقا على مدة أكبر انقضت المدة إلى ستين سنة، وإذا اغفل المتعاقدان تحديد المدة، أو ذكرا أن المدة غير معينة، كانت المدة في الحالتين ستين سنة، فإن لم تكن لها مدة محددة، بقيت ما دام البناء أو الغراس قائما في الأرض وما دام المحتكر يدفع الأجرة[2].

---

[1] انظر الوسيط ٦/ ١٤٥٢

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧٠

المقارنة:

اتفــق الفقه والقانون في المجموع على جواز الحكر لمدة طويلة إلا أن الفقه قد أباح مطلقــا من غير تحديد بل للأبد كما هو عند المالكية حيث ورد عندهم أن الأحكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشرط، وكذلك عند الشافعية حيث قال: يجوز تحكير الأرض لمائة سنة وأكثر، ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية قد جوزا لمدة تزيد على مائة سنة إلا أهــم وضــعوا بعض الضوابط، وعند الحنفية أيضا يستمر الحكر فإنه يثبت عندهم للمحــتكر حــق القرار إذا و ضع بناءه في الأرض ما دام أسس بنائه قائما فيها، فلا يكلــف برفع بنائه، ولا يقلع غراسه مادام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة، والقانون المدني المصري أيضا جوز التحكير ولمدة طويلة إلا أن القانون المدني القديم قد أباح ذلك لمدة تسع وتسعين سنة والقانون المدني الجديد اقتصر الأمر وحدّد أقصــى مدة ستين سنة، وعند عدم تحديد المدة يبقى البناء أو الغراس قائما في الأرض مادام البناء والغراس باقيان ومادام المحتكر يدفع الأجرة.

فــاتفق الفقــه والقانون عند عدم تحديد المدة واختلفا فقط في جزئية وهي أن الفقه لم يحدد المدة والقانون قد حدد بأن لا يتجاوز عن ستين سنة والغرض من طول المــدة هــو إصلاح الأراضي والأماكن الخربة حيث يوجد في العالم الإسلامي وعلى الخصوص في باكستان كثيرٌ من الأراضي والحوانيت موقوفة خربة تحتاج إلى الإصلاح وليس لجهة الوقف أموال كافية لإصلاح هذه الأراضي والحوانيت ولا يستأجرها أحد لمدة قصيرة ثم يقوم بإصلاحها فالإجارة الطويلة هي الطريق الوحيد لحل هذه المشكلة حيــث أنــنا نرى كثيراً من الحوانيت الموقوفة حول المساجد القديمة خربة تحتاج إلى الترمــيم والبناء من جديد، ولا يسع إمكانية المساجد إصلاح وترميم هذه الحوانيت

فـــالحل المناســـب والمفـــيد هـــو إجارتها لمدة طويلة حتى يستفيد الوقف من الأجرة والمستأجر متى ما استأجرها لوقت مديد يقوم بإصلاحها وترميمها حتى يستفيد منها وفي ذلك نفع للوقف والمستأجر والله أعلم.

المطلب الثاني

الحقوق المترتبة على مضي المدة

الأصل في المدة المعينة أن عقد الإجارة ينفسخ عند انتهاء المدة، لأن الثابت إلى غاية، ينتهي عند وجود الغاية، إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاء الإجارة بعد انتهاء مدتها، لأن الإجارة كما تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر، وعلى هذا يترتب على مضي المدة ما يأتي:

إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك له نهاية معلومة كزرع له لم يبلغ حصاده، تبقى الأرض في يده بأجر المثل إلى أن يحصد الزرع لأنه بهذا يدفع الضرر عن المستأجر من غير إضرار بالحكر، مادام يستحق له أجر المثل.

وأما إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك ليس له نهاية معلومة كالبناء وغيره، فهنا يفرق في الحكم بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المستأجر قد أذن من الناظر بالبناء أو الغرس وانتهت المدة، فتترك الأرض في يده مادام يدفع أجر مثلها، وفي هذا دفع الضرر عنه من غير إضرار بالوقف، ويكون هذا تحكيرا ضمنيا.

ويعلل ابن عابدين هذا الرأي بقوله: " لأنه لو أمر برفعها لتؤجر من غيره يلزم ضرره، وحيث كان يدفع أجرة مثلها، لم يوجد ضرر على الوقف، فتترك في يده لعدم الضرر على الجانبين، وحينئذ فلو مات المستأجر كان لورثته الاستبقاء ايضا، إلا إذا كان فيه ضرر على الوقف بوجه ما، بأن كان هو أو وارثه مفلسا أو سيئ المعاملة، أو متغلبا يخشى على الوقف منه، أو غير ذلك من أنواع الضرر، كما في حاشية الخير الرملي من الإجارات، وأفتى به في فتاواه الخيرية، لكنه مخالف لإطلاق المتون والشروح من أنه بعد فراغ المدة يؤمر بالرفع والتسليم، وبه أفتى في الخيرية أيضا قبيل باب ضمان الأجير في خصوص الأرض المحتكرة.

قلت: لكن ينبغي تخصيص إطلاق المتون والشروح، وإخراج الأرض المعدة للاحتكار من هذا الإطلاق ليتوافق كلامهم، ويؤيد ذلك ما مر عن الخصاف من صحة وقف البناء في الأرض المحتكرة وقدمنا وجهه وهو أن البناء عليها يكون على وجه الدوام، فيبقى التأبيد المشروط لصحة الوقف، ومثل ذلك غالب القرى التي هي وقف أو لبيت المال، فإن أهلها إذا علموا أن بناءهم وغراسهم يقلع كل سنة وتؤخذ القرية من أيديهم، وتدفع لغيرهم لزم خرابها، وعدم من يقوم بعمارتها، ومثل ذلك أصحاب الكردار في البساتين ونحوها وكذا أصحاب الكدك في الحوانيت ونحوها فإن إبقاءها في أيديهم سبب لعمارتها ودوام استغلالها ففي ذلك نفع للأوقاف، وبيت المال ولكن كل ذلك بعد كونهم يؤدون أجرة مثلها بلا نقصان فاحش"[1].

الحالة الثانية: أن لا يكون مأذونا له بالبناء أو الغراس من قبل الناظر وبنى أو غرس في أرض الوقف، فهنا ينظر: إن كان ما بناه أو غرسه، من مال الوقف، يكون ما بناه للوقف، ولا حق له في الرجوع على الوقف بما أنفقه في البناء والغرس، من أجور العمال أو ثمن المؤن، لأنه أنفق بغير إذن، أما إذا كان ما بناه أو غرسه من ماله هو، فعليه قلع ما بناه أو غرسه، إذا كان القلع والهدم لا يضر بأرض الوقف، وإن كان يضر بها، كان عليه أن ينتظر حتى ينهدم البناء ويأخذ أنقاضه، لأنه المضيع لما له بالبناء والغرس بدون إذن الناظر.

ولو اتفق مع الناظر على أن يجعله للوقف بثمن لا يتجاوز أقل القيمتين متروعا أو مبنيا فيه صح[2].

قال ابن نجيم: " ينظر: إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف، فله رفعه لأنه ملكه، وإن كان يضر به فليس له رفعه، لأنه وإن كان ملكه، فليس له أن يضر بالوقف، ثم إن رضي المستأجر أن يتملكه القيم للوقف مبنيا أو متروعا أيهما كان أخف، يتملكه

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٩٢

[2] المصدر نفسه ٣/ ٥٩٣

القـــيم، وإن لم يرض لا يتملك، لأن التملك بغير رضاه لا يجوز فيبقى إلى أن يخلص ملكه"[1].

غير أن الحنفية في كتاب الإجارات ذهبوا إلى أنه إن أضر بالوقف يتملك القيم لجهة الوقف جبرا على المستأجر، كما في عامة الشروح.

قـــال ابن عابدين معقبا على هذا: " فيعول عليه، لأنها لنقل المذاهب بخلاف نقول الفتاوى"[2].

فأصـــحاب الفـــتاوى جعلوا الخيار للمستأجر، وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر[3].

وبما أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر مدة الإجارة، فإن عليه بعد انتهاء المدة أن يســـلمها إلى المؤجر سليمة غير منقوصة عن حالتها الأولى فإذا وجد بها نقص أو تلـــف، وثبت أن ذلك كان بغير تعد أو إهمال، لا يضمنه المستأجر، كما إذا ثبت أن الأشجار تلفت بريح عاصفة، أو أن البناء تهدم بزلزال.

وإذا ثبـــت أن التلف أو النقص كان بتعد أو إهمال، يكون المستأجر ضامنا مثله أو قيمته، شأنه شأن كل أمين.

وورد في تنقـــيح الفتاوى الحامدية ما يدل على ذلك ونصه: " رجل استأجر أرض وقف وغرس فيها ثم مضت مدة الإجارة فهل للمستأجر استبقاؤها بأجر المثل؟

الجواب: للمستأجر استبقاؤها بأجر المثل حيث لم يكن في ذلك ضرر بالوقف ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك كذا في التنوير فيما يجوز من الإجارة".

" وسئل فيما إذا كان لزيد حانوت قائم في أرض وقف جارية في احتكاره من ناظر الوقـــف مـــدة معلومة بأجرة معلومة بناه بماله لنفسه بعد الإذن له من الناظر بذلك

---

[1] انظر البحر الرائق ٥/ ٢٥٧

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٤٢.

[3] انظر الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٣/ ٣٣٤

وتصــرف فيه عدة سنين وفي كل سنة يدفع لجهة الوقف الحكر المرتب على الأرض وهو أجر المثل والآن تولّى الوقف متول جديد يريد رفع الحانوت بدون وجه شرعي فهل يمنع من ذلك؟ الجواب نعم"[1].

تــبين من كلام الفقهاء رحمهم الله أنهم يثبتون للمحكتر الحق ولو بعد مضي المدة مــادام لا يضر بالوقف وأنه يترتب على مضي المدة حق الاحتكار خاصة إذا كانت هــناك مصــلحة و لم يكن فيها ضرر لأحد الجانبين لأن الحكر قد يكون دائميا وقد يكون لمدة طويلة والمستأجر يستأجره للبناء أو الغراس فبعد انتهاء المدة إذا كان يؤدي إلى الضرر به لا ينبغي الأخذ منه بل يبقى بيده ويدفع أجرة المثل.

موقف القانون

كما ترتب هذا الحق بمضي المدة عند الفقهاء كذلك يثبت في القانون، حيث ورد عــند فقهاء القانون المدني المصري ما يجوّز ذلك يقول الدكتور السنهوري: " ويجوز كســب حــق الحكر بمضي المدة، وذلك بأن يضع شخص يده على عقار كمحتكر ويدفع أجرة الحكر لغير مالك العقار المدة اللازمة لكسب الحق بمضي المدة، ولكن إذا كســب شخص حق الحكر من المالك الحقيقي فلا يجوز له أن يكسب ملكية العقار نفســه بمضــي المدة بمجرّد امتناعه عن دفع أجرة الحكر، لأنه وضع يده على العقار كمحتكر لا كمالك، إلا إذا غير واضع اليد نيته فوضع يده كمالك وثبت ذلك من الظروف"[2]

---

[1] العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ١٧٨

[2] محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ مج ط ٢٩ ص ٥٩ ويقضي هذا الحكم إن عدم دفع المحتكر أجرة الحكر لجهة الوقف مدة ثلاثين سنة يسقط حق الوقف في المطالبة بأجرة الحكر ويجعل واضع اليد مالكا ملكية تامة لا مجرد محتكر (انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة في أول فبراير سنة ١٩١٧ مج ط ٢٩ ص ١٩٥ أحمد فتحي زغلول: شرح القانون المدني ص ٢٩١).

ويقول مؤلف كتاب الحقوق العينية[1]: إن القانون يجوز كسب الحكر بالتقادم وذكر أن المشروع التمهيدي ينص في المادة ١٢٥٨ عليه وجاءت في المادة المذكورة: " يجوز أن يكسب حق الحكر بالتقادم" وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع أن كسب الحكر بالتقادم مبدأ سار عليه القضاء المختلط[2]، فإذا وضع شخص يده على أرض موقوفة باعتباره محتكرا دون أن يكون له هذا الحق، واستمر يدفع أجرة الحكر ثلاثا وثلاثين سنة كسب حق الحكر بالتقادم، على أن كسب الحكر بالتقادم فيه نظر، لأن الحق في الأرض الموقوفة لا ينشأ إلا بعد استصدار حجة شرعية، والأصل أن الحق الذي لاينشأ إلا بعد مراعاة اجراءات شكلية موضوعة لا يكسب بالتقادم، كما هو الحال في الرهن الرسمي وفي الوقف، وقد أصبح هذا الأصل أولى بالاتباع بعد أن قرر القانون الجديد الرسمية (عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله إليه من القضاة أو من الموثقين) في تقدير الحكر ولذلك يحسن أن يحذف هذا النص من المشروع، ويستبدل به نص ييسر إثبات الحكر إذا كان قديما فيفي ببعض الأغراض التي أريد تحقيقها بالنص القائم.

وقد رأت لجنة مراجعة المشروع التمهيدي حذف النص المتقدم، ولكن لا يجوز للمحتكر كسب الأرض المحتكرة بالتقادم، لأن يده على العقار عرضية[3]، غير أنه إذا غير صفة يده، وظهر وضع يده بصفة مالك، فإنه يجوز له أن يكسب ملكية الأرض المحتكرة بالتقادم وفقا للقواعد العامة.

---

[1] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٩٧.

[2] استئناف مختلط ١٥مايو ١٩٠١(١٣ص٣٠٨) خانكي بك ٣٦٥، أول فبراير ١٩١٧(٢٩ص١٩٥)، ٣١ يناير ١٩١٨(٣٠ص١٩٣).

[3] استئناف مختلط ١٢مارس ١٨٩٦(٨ص١٦٥).

وقـد حكـم بأن عدم المطالبة بالحكر لا يترتب عليه سقوط حق جهة الوقف في المطالـبة به مهما طالت المدة اللهم إلا إذا ثبت أن ذا اليد على الأرض المحكرة كان واضعا يده عليها بصفة مالك ظاهرا بنفسه و لم ينازعه فيها منازع[1].

شراء الرقبة أو الحكر – كان مشروع القانون الجديد عند تقديمه للبرلمان، يتضمن نصـين جاء في أولهما: "١- إذا بقي حق الحكر أكثر من خمسين سنة كان لكل من مـالك الرقبة والمحتكر أن يطلب شراء الآخر في أي وقت بعد انقضاء هذه المدة، وإذا طلب كل منهما الشراء أجيب طلب المحتكر وحده.

"٢- ويسري هذا الحكم على الأحكار القائمة وقت العمل بهذا القانون".

وجاء في النص الثاني: "١- في تعيين الثمن الذي يشتري به حق الرقبة وحق المحتكر تـتخذ القـيمة الايجارية للأرض بالحالة التي هي عليها أساسا للتقدير، ويكون الثمن بقـدر الأجرة عشرين سنة، إلا إذا كان صقع الأرض لا يسمح لصاحبها بأن يحصل على ثمنها في تلك المدة وإنما يتطلب مدة أطول ففي هذه الحالة تقدر الأجرة عن المدة الأطـول ويكـون ذلـك ثمنا للعين كلها يختص حق الرقبة منه بالثلث وحق الحكر بالثلثين".

"٢ – وإذا اشترى المحكر حق المحتكر على الوجه المبين في الفقرة السابقة قوم البناء عليه بقيمته مستحق البقاء وقت الشراء، وللمحكمة أن تمهل المحكر في دفع قيمة البناء إذا كانت هناك ظروف تبرر ذلك".

وقد أقر مجلس النواب هذين النصين.

[1] استئناف مختلط ٢٢نوفمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤٥٠ ص٥٨٦ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٢١٢٤ – استئناف أهلي ٣ نوفمبر ١٩٣١ المتقدم المحاماة ١٢رقم ٣١٩ ص٦٢٥ – نقض ٢ يونيه ١٩٣٢ المجموعة ٣٣رقم ٢٠٨، ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ المجموعة ٣٧ رقم ٨٦.

ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، بعد أن قررت أن مدة الحكر لا يجوز أن تــزيد عـــلى ستين سنة، رأت أن تعيد صياغة هذين النصين، وأن تعدل أحكامهما، فاستعاضت عنهما بالنص الآتي:

"١- في الأحكار القائمة وقت العمل بهذا القانون إذا مضى على عقد الحكر ستون سـنة عـــلى الأقل من وقت إنشائه و لم تكن مدته قد انقضت جاز لكل من المحتكر والمحكر أن يطلب إنهاء العقد".

"٢- فـــإذا كـــان المحتكرهو الذي يطلب ذلك طبقت أحكام المادة السابقة (التي أصبحت المادة ١٠١٠من القانون الجديد) إلا إذا اختار تملك الأرض المحكرة بقيمتها كاملة وقت الطلب".

"٣- وأما إذا كان من يطلب إنهاء العقد هو المحكرألزم بأن يدفع إلى المحتكر ما فات هذا من فائدة بسبب إنهاء العقد قبل حلول الأجل المعين لانتهائه أو قبل انقضاء تسع وتســعين ســـنة إذا لم يكن للعقد أجل معين بشرط ألا تنقص المدة التي تحسب عنها الفـــائدة في الحالة الأخيرة عن خمس عشرة سنة، وبأن يدفع فوق ذلك قيمة البناء أو الغراس مستحقي الازالة أو قيمتهما مستحقي البقاء أيهما أقل، وذلك كله في مقابل تملكه للبناء أو الغراس، كل هذا مالم يطلب المحتكر تملك الأرض المحكرة بقيمتها كاملة وقت الطلب".

وقد بنت اللجنة التعديل على أسس ثلاثة:

أولهـــا أن يكون حكم النص مقصورا على الأحكار القائمة وقت العمل بالقانون الجديـــد، ففـــي هذه الأحكار إذا كانت قد انقضت على عقد الحكر ستون سنة من وقـــت إنشـــائه و لم تكن مدته قد انقضت ثبت لكل من المتعاقدين حق طلب إنهاء الحكر.

والأســـاس الثاني أنه جعل للمحتكر حق تملك الأرض المحكرة بقيمتها كاملة وقت الطلـــب أيا كان صاحب الرغبة في إنهاء الحكر، لأن المحتكر يبذل عادة في استغلال العين من الجهد ما هو خليق بالتشجيع.

أمـــا الأساس الثالث فهو إلزام المحكر بأن يدفع للمحتكر ما فاته من فائدة بسبب إنهـــاء العقـــد قبل حلول أجله، لأن العدالة تقتضي احترام الحق المكتسب الذي ثبت للمحتكر قبل العمل بالقانون الجديد.

وبعد ذلك اقترح لدى اللجنة حذف النص المتقدم والاستعاضة عنه بالنصين اللذين كانا بالمشروع المقدم من الحكومة إلى البرلمان، وأقرهما مجلس النواب كما تقدم، فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح على اطلاقه، وإنما أقرت حذف النص،دون أن تستعيض عـــنه بـــنص آخر: "حتى لا تقطع بالرأي في مسألة تعارضت فيها المصالح والحقوق تعارضا يستعصي على التوفيق، ويحسن أن تترك هذه الحقوق والمصالح على حالها إلى أن يصدر في شأنها تشريع خاص"[1]

المقارنة:

اتفق الفقه والقانون بأنه يترتب على مضي المدة حق للمحتكر وهو بقاء الحكر معه مـــادام يدفع أجرة المثل و لم يكن هناك ضرر على الوقف فقد أثبت هذا الحق كل من الفقه والقانون وورد في الفقه أنه إذا أبى الموقوف عليهم بعد انتهاء المدة إلا القلع ليس لهم ذلك لأن هذا يؤدي إلى الإضرار بالغير والقاعدة الفقهية تقول " الضرر يزال" إلا أن الفقه لا يثبت الحق إذا كان الهدم أو الإزالة لا يضر بالمستأجر لأنه لا يصير مالكا لها بالاحتكار والقانون يخالف الفقه في هذه الجزئية حيث أنه لا يثبت له ملكية العقار بمجرد امتناعه عن دفع أجرة الحكر، لأن وضع يده على العقار بمترلة المحتكر لا المالك، ولكـــن إذا غير واضع اليد نيته كمالك ثبت ذلك من الظروف يثبت له الملكية، وقد ورد في القانون بأن عدم دفع المحتكر أجرة الحكر لجهة الوقف مدة ثلاثة وثلاثين سنة

[1] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦٠٠-٦٠١.

يسقط حق الوقف في المطالبة بأجرة الحكر ويجعل واضع اليد مالكا ملكية تامة لا مجرد محتكر وقد تقدم أن قلنا أن كسب الحكر بالتقادم فيه نظر، لأن الحق في الأرض الموقوفة لا ينشأ إلا بعد استصدار حجة شرعية، وقد أقرت لجنة المراجعة ذلك وقالت لا يجوز للمحتكر كسب الأرض المحتكرة بالتقادم، لأن يده على العقار عرضية، غير أنه إذا غير صفة يده، وظهر وضع يده بصفة مالك، فإنه يجوزله أن يكسب ملكية الأرض المحتكرة بالتقادم وفقا للقواعد العامة بناء على هذا ليس هناك خلاف بين الفقه والقانون لأن كلا منهما لا يثبت حق الملكية بمجرد التقادم. والله أعلم.

المطلب الثالث

الأجرة الواجبة مقابل الحكر

اتفق الفقهاء على أن العين الموقوفة إذا رغب في إجارتها، فإنها تؤجر بأجرة المثل[1]، إلا أن هـذا الأصـل المتفق عليه ليس مطلقا، بل إن للفقهاء على اختلاف مذاهبهم تفصيلات فيما يختص بالإجارة بأقل من أجر المثل.

أولا: اختلفوا في تحكير الوقف بأقل من أجرة المثل:

قال الحنفية: إنه لا يجوز لمن له حق إجارة الوقف أن يؤجر بأقل من أجرة المثل حتى لو كان المؤجر هو الناظر في حال كونه المستحق وحده للأجرة كلها.

يقول ابن عابدين: " لا يصح تحكير الوقف إذا كان بغبن فاحش، إلا عن ضرورة، وفي فتاوى الحانوتي شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابته نائبة أو كان دين"[2]

ومما نقل عن الأشباه من جواز إجارة الدار التي عليها مرصد بدون أجرة المثل، ووجه ذلك: أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل في الوقف فإذا زادت أجرة مثلها بهذه العمارة التي صارت للوقف لا تلزمه الزيادة لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه لا يرضى باستئجارها بأجرة مثلها الآن لكن أفتى في الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة، ولعله محمول على ما إذا كان في الوقف مال وأراد الناظر دفع المرصد منه فحينئذ لا شك في لزوم الزيادة" وزاد: " وعبارة قارئ الهداية سئل عن مستحق لوقف عليه هو ناظره آجره بدون أجرة المثل هل يصح ذلك فأجاب: لا يجوز ذلك وإن كان هو المستحق لما يصل إليه من الضرر للوقف بالأجرة، لاحتمال موته، فيضر بمن بعده من المستحقين، وربما يتضرر الوقف أيضا الآن إذا كان محتاجا للتعمير وأما ما يوجد في بعض نسخ الشرح

---

[1] انظر الإسعاف ص ٦٥ ط مكتبة الطالب الجامعي، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٢، وشرح الخرشي ٧/ ٩٩، ومطالب أولى النهى ٤/ ٣٤٠، ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٥.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٢

من قوله لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة وتفسخ هذه الإجارة، فهو غير ظاهر لأنها لا تفسخ بموت الناظر على أن الضرر إنما هو في إبقائها بالأجرة القليلة لا في فسخها لأنها إذا فسخت تؤجر بأجر المثل فلا يتضرر أحد"[1].

وقـــال في البحر: " أن الناظر إذا كان عالما بأجرة المثل، وآجر الموقوف بأقل منها فإن ذلك يعد خيانة، وأما إذا كان النقصان يسيرا بما يتغابن الناس بمثله جاز، لأنه مما يتسامح به، وتنفذ الإجارة معه، سواء أكان المستأجر هو المستحق في الوقف، أم كان أجنبيا"[2].

كلام صاحب البحر يدل على أنه إذا كان النقصان يسيرا يجوز تحكير الوقف ثم بين مقدار هذا النقصان وقال هو ما يتغابن الناس بمثله، لأنه مما يتسامح به.

وقـــد ورد في الدر المختار مثله: " ويؤجر أي الوقف بأجر المثل، ولا يجوز بالأقل، ولو هو المستحق إلا بنقصان يسير"[3].

ويفـــرق الشـــافعية والحنابلة بين أن يؤجر المتولي العين الموقوفة على غيره، والعين الموقوفة عليه.

ففي الحالة الأولى: لا يجوز له أن يؤجرها بأقل من أجرة المثل.

أما في الحالة الثانية: فإن ذلك له، قياسا أولويا على صحة الإعارة منه، كما هو عند الشافعية، وباعتبار انتقال ملكية المنافع للموقوف عليه عند الشافعية والحنابلة[4].

تبين من كلام الفقهاء رحمهم الله أنهم لا يجيزون تحكير الموقوف إلا بأجرة المثل وأنه متى نقصت الأجرة عن المثل فلا يجوز إلا إذا كان النقص يسيرا وهو مما يتسامح الناس بـــه، وزاد الحنابلة والشافعية على ذلك إذا كان الإجارة على المتولي نفسه فإنه يجوز

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٣

[2] انظر البحر الرائق ٥/ ٢٥٨، والإسعاف ص ٦٥

[3] الدر المختار ٤/ ٤٠٢

[4] راجع مغني المحتاج ٢/ ٣٩٥، ومطالب أولي النهى ٤/ ٣٤٠.

والحالة هذه إجارته بأقل من أجرة المثل بناء على صحة الإعارة عند الشافعية والإجارة تقاس عليها، وانتقال ملكية المنافع عند الحنابلة وكذلك عند الشافعية.

موقف القانون:

ومثل ما قال الفقهاء ورد في القانون نفسه فقد ورد في القانون المدني المصري مايدل على أنه لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل ونص القانون: "١- لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل، ٢- وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حدا يجاوز الخمس زيادة أونقصا، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير".

وفسر الدكتور السنهوري نص القانون فقال: " إن الأجرة في حكر الأرض الموقوفة لا يجوز أن تكون أقل من أجر المثل وقت التحكير، وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية " قانون العدل والإنصاف(المادة ٣٣٢و ٣٣٥و ٣٣٦) وإذا لم يبين كتاب الوقف قيمة الحكر، جاز للمحكمة انتداب خبير لتقديره ولما كان الحكر لا بد فيه من إذن المحكمة، فالمحكمة لا تأذن إلا إذا كان بأجر المثل، ولكن إذا وقع خطأ وحكرت العين الموقوفة بأقل من أجر المثل، وجب رفع الأجرة إلى أجر المثل.

المقارنة:

اتفق الفقه والقانون على أنه لا يجوز التحكير بأقل من أجر المثل إلا أن الفقه يجيز النقص اليسير كما هو عند الحنفية، والشافعية والحنابلة يرون إضافة إلى ذلك جواز التحكر بأقل من أجر المثل إذا كان المتولي قد آجره على نفسه، والقانون أيضا يجوّز الزيادة والنقصان لأنه قد ورد في القانون المدني المصري أن أجرة الحكر هي أجرة المثل وهي غير ثابتة، بل تقبل الزيادة والنقصان بحسب الزمان والمكان، وزيادة الأجرة ونقصانها تتعلق بالتغيير ولكن لا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا، بشرط مضي ثماني سنوات على آخر تقدير، ولم يكتف بهذا بل قال متى ما حكرت خطأ بأقل من أجر

المـــثل فإنـــه يجب رفع الأجرة إلى أجر المثل وبناء على هذا يتفق القانون مع الفقه في زيادة الأجرة ونقصانها.

ما يترتب على التحكير بغبن فاحش

قدمـــنا أن الفقهاء يرون عدم جواز التحكير بأقل من أجرة المثل، فلو أجر الناظر الوقـــف بغـــبن فاحش في أجره، ترتب على ذلك نتائج مختلفة بحسب اختلاف آراء العلماء في هذه المسألة على النحو التالي:

١- رأي الحنفية:

يرى الحنفية أن ناظر الوقف إذا آجر الوقف بأقل من أجرة المثل وبغبن فاحش، يترتب عليه فساد عقد الإجارة.

قال ابن عابدين: " ويشترط -أيضا- أن يؤجر بأجرة المثل، وإلا لم يصح"[١].

وإذا كان فقهاء الحنفية قد اتفقوا على فساد العقد، فإنهم اختلفوا في النتائج التي تترتب على ذلك:

فقال الخصاف: " إن العين الموقوفة إذا قبضت من قبل المستأجر فإما أن يستغلها بالزراعة أو السكنى، وإما أن يقبضها ولا يستغلها.

أ- فإن استغلها فعليه أجر المثل، ووجهه: أن المتولي أبطل بالتسمية ما زاد على المسمى إلى تمام أجر المثل، وهو لا يملكه، فيجب أجر المثل، كما لو أجر من غير تسمية أجر"[٢].

ب-أما إذا لم يستغلها، كالدار يقبضها ولا يسكنها فهو يرى أن لا أجر عليه.

ووجهـــه: أن أجر المثل لا يلزمه في الإجارة الفاسدة، بكونها في يده، بل لابد من استعمال العين الموقوفة المؤجرة له، كي يجب أجر المثل عليه.

---

١ حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٤

٢ انظر الإسعاف ص ٥٤

ونقـــل صـــاحب الإسعاف عن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل: " على أصل أصحابنا ينبغي أن يكون المستأجر غاصبا"[1].

كمـــا نقل عن بعض الفقهاء: أن المستأجر يصير غاصبا، عند من يرى غصب العقار، فإن لم ينتقص شيئ من المترل وسلم، كان على المستأجر الأجر المسمى لا غير".

ويرى صاحب الإسعاف: أن الفتوى على أنه يجب أجر المثل على كل حال[2].

ويؤيده ما جاء في الدر المختار إذ يقول: " والموقوف إذا أجره المتولي بدون أجر المثل، لزم المستأجر تمامه، أي تمام أجر المثل، كأب، وكذا وصي أجر مترل صغيره بدونه، فإنه يلزم المستأجر تمامه، إذ ليس لكل منهما ولاية الحط والإسقاط"[3].

وإذا كـــان الحنفـــية يلزمون المستأجر بأجر المثل في كل الأحوال، فهم بذلك ينفون عن القيم دفع أي ضمان في هذا مطلقا[4].

ثانـــيا: يرى الحنفية: أن الناظر إذا كان عالما بأجرة المثل، وأجر الموقوف بأقل منه، فإن ذلك يعد خيانة، وكذلك إذا فعله الواقف، ويترتب عليه، إخراج الوقف من ولايته إذا كان غير مأمون عليه[5] .

قـــال ابـــن عـــابدين: " ينبغي أن يكون ذلك خيانة من المتولي لو كان عالما بذلك"[6].

وذكر الخصاف أن الواقف –أيضا– إذا أجر بالأقل مما لا يتغابن الناس فيه، لم يجـــز، ويبطلها ا لقاضي، فإن كان الواقف مأمونا، وفعل ذلك على طريق السهو

---

[1] الإسعاف ص ٥٤.

[2] المصدر نفسه ص ٥٤

[3] الدر المختار ٣/ ٥٥٤.

[4] المصدر نفسه ٣/ ٥٥٤.

[5] انظر البحر الرائق ٥/ ٢٥٨، وأحكام الأوقاف ص ٢٠٥.

[6] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٤، وأحكام الأوقاف ص ٢٠٥.

والغفلـــة، أقـــره القاضي في يده وأمره بإجارتها بالأصلح، وإن كان غير مأمون، أخرجها من يده وجعلها في يد من يثق بدينه".

ثالثا: ذهب الحنفية إلى أن المستأجر بأقل من أجر المثل مما لا يتغابن فيه الناس، إذا امتـــنع عن تمام أجر المثل، فإن الناظر، إذا ظفر بمال المستأجر، وكان من جنس حقه أن يأخذ النقصان منه، فيصرفه في مصارفه، وذلك جائز قضاء وديانة عندهم[1]

٢- رأي الحنابلة:

يـــرى الحنابلة صحة عقد الإجارة إذا أجر الناظر العين الموقوفة بأقل من أجرة المـــثل، حتى إذا كان صاحب هذه الإجارة غبن فاحش، وإذا كان الحنابلة يرون صـــحة عقـــد الإجارة مع الغبن الفاحش، فإنهم لم يعفوا الناظر من الضمان عن نقصان أجرة الموقوف عن مثلها، فلهم أن ضمان الناظر النقص في الأجرة فيما لا

---

[1] هذه المسألة مبنية على حق الإنسان في تحصيل الأعيان المستحقة له أو منافعها من غير حاجة إلى قضاء إذا ظفر بها.والمتفق عليه بين جمهور العلماء: أن للإنسان الحق في تحصيل الأعيان المستحقة أو منافعها بغير قضاء قاض في حالتي الغصب، ونفقة الزوجة والأولاد، فللمغصوب منه أن يسترد المغصوب بغير قضاء، وللزوجة أن تأخذ ما يكفيها والأولاد، من مال زوجها بالمعروف بدون إذنه أو إذن الحاكم، وقد اشترط هؤلاء الفقهاء لجواز الأخذ أن لا يؤدي إلى إحداث فتنة أو سوء عاقبة.

أما في غير ما ذكرنا من الحالات كالدين الذي في الذمة، فإن للفقهاء في ذلك آراء متباينة، فمنهم المانعون، ومنهم المجيزون، والمجوزون، منهم من وسع في ذلك ومنهم من ضيق.

فالمانعون وهم الحنابلة، منعوا صاحب الحق من أخذ حقه بدون قضاء القاضي وعلمه، ولم يستثنوا من ذلك، إلا ما ذكرته سابقا، من حالتي الغصب، والنفقة الواجبة، وقد أضافوا إليهما، حق الضيف في أخذ الضيافة الواجبة له إذا منعها من وجبت عليه، وحق المضطر في أخذ الطعام من صاحبه جبرا وقهرا إذا لم يكن صاحبه مضطرا إليه.

أما المجوزون من الشافعية والحنفية والمالكية والجعفرية والظاهرية فقد أجازوا لصاحب الحق- الدائن- استيفاء ماله بذمة الآخرين إذا امتنع عن الوفاء بدون قضاء، ولهم في ذلك تفاصيل وقيود لا مجال لسردها هنا، ولمن شاء الاستزادة فليرجع إلى كتب الفقه ففيها المزيد.

(مغني المحتاج ٤/ ٤٦٢، البحر الرائق ٥/ ١٩٢، كشاف القناع ٤/ ٢١٢، البحر الزخار ٤/ ٣٨٧، شرائع الإسلام ٢/ ٢٢٣، منح الجليل ٤/ ٣٢١، نظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم عبد السلام ١/ ٨٣ وما بعدها.

يــتغابن به في العادة، إذا كان الناظر غير المستحق في الوقف، وأما إذا كان الناظر هــو المســتحق الوحيد في الوقف، فالظاهر أنه لا يضمن، لأن الإنسان لا يضمن ماله.

أما ضمانه حال كونه غير المستحق في الوقف، فلأنه يتصرف في مال غيره على وجــه الحظ، فضمن ما نقصه بعقده، كالوكيل إذا باع أو أجر بدون ثمن أو أجر المثل[1].

رأي المالكية:

يــرى المالكية أن الناظر إذا أكرى العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل ضمن تمام أجــرة المثل إن كان مليا، وإلا رجع على المستأجر، لأنه مباشر، وكل من رجع علــيه لا يرجع على الأخر، هذا ما لم يعلم المستأجر بأن الأجرة غير أجرة المثل، فإن كلا منهما ضامن، فيبدأ به[2].

تــبين من أراء العلماء أنهم لا يجيزون التحكير بغبن فاحش وإن وقع ذلك فإنه يجــب أجــرة المثل على رأي الراجح عند الحنفية،لأنهم قالوا بفساد العقد، والعقد الفاسد عندهم يصير صحيحا إذا زالت صفة الفساد، وكذلك عند المالكية لو وقع ذلــك بغبن فاحش يجب أجرة المثل، والحنابلة وإن قالوا بصحة عقد الإجارة إلا أنهــم جعلوا الضمان على الناظر فيما لا يتغابن به في العادة. وهذا إذا كان الناظر غير المستحق في الوقف فإن كان هو المستحق الوحيد فالظاهر عدم الضمان.

موقف القانون

القانون يوافق الفقه في هذه المسألة لأنالقانون المدني المصري مأخوذ من الفقه في هذه الجزئية حيث ورد في القانون المدني المصري ما نصه: " لا يجوز أن تكون أقل

---

[1] انظر مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ٤/ ٣٤٠.

[2] انظر حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ٩٩

من أجر المثل وقت التحكير، وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة، ومتى ما وقع خطأ وحكرت العين الموقوفة بأقل من أجر المثل، وجب رفع الأجرة إلى أجرة المثل.

فالقانون في هذه المسألة يوافق تماما مع الفقه الحنفي والمالكي لأنه يوجب أجرة المثل إذا وقع الخطأ.

متى تجوز الإجارة بأقل من أجرة المثل:

هناك بعض الحالات، نص فقهاء الحنفية على صحة الإجارة فيها بأقل من أجرة المثل، وهذه الحالات تدخل تحت حالة الضرورة، وقد مثل لها الفقهاء بأمثلة مختلفة نذكر منها البعض:

١- إذا نابت الوقف نائبة، أو كان عليه دين، كما نقله ابن عابدين عن فتاوى الخانية.

وقد رتب ابن عابدين على هذا قوله: " قلت: ويؤخذ منه، ومما عزاه للأشباه، جواز إجارة الدار التي عليها مرصد بدون أجرة المثل.[١]

ووجه ذلك: أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار، لعدم مال حاصل في الوقف، فإذا زادت أجرة مثلها بهذه العمارة التي صارت للوقف، لا تلزمه الزيادة، لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه، لا يرضى باستثمارها بأجرة مثلها الآن، لكن أفتى في الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة.

ولعله محمول على ما إذا كان في الوقف مال، وأراد الناظر دفع المرصد منه، فحينئذ لا شك في لزوم الزيادة.

٢- يرى الحنفية جواز إجارة العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل، إذا كانت غير مرغوب في إجارتها إلا بالأقل.

---

١ حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٠

ففي الدر المختار ما نصه: " ويؤجر- أي الوقف- بأجر المثل، ولا يجوز بالأقل ولو هو المستحق إلا بنقصان يسير، أو إذا لم يرغب فيه إلا بالأقل"[1].

ومـــن ذلـــك أيضا ما مثل له ابن نجيم بقوله: " ويجوز النقصان عن أجر المثل نقصـــانا فاحشـــا للضرورة، قال في المحيط وغيره، حانوت وقف، وعمارته ملك لـــرجل، أبى صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله، ينظر: إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجر صاحب العمارة، كلف رفع العمارة، ويؤجر من غـــيره، لأن النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة، وإن كان لا يستأجر بأكثر مما يستأجره، لا يكلف ويترك في يده بذلك الأجر، لأن فيه ضرورة"[2].

حكم الإجارة إذا زادت الأجرة أو نقصت بعد العقد

قد يؤجر من له حق الإجارة، العين الموقوفة بأجر المثل، ثم يطرأ بعد تمام العقد ارتفـــاع أو انخفاض في الأجرة المسماة في العقد، فما هو الحكم؟ وهنا نحتاج إلى الـــتفرقة بين حالتين: حالة انخفاض الأجرة، وحالة الإرتفاع إلا أن هذه المسألة قد نوقشت وفصلت قبل ذلك بنوعيها فلا حاجة إلى إعادتها[3].

---

[1] الدرالمختار ٣/ ٥٥١

[2] انظر البحر الرائق ٥/ ٢٥٦، ومثله ما جاء في الإسعاف ص ٥٦.

[3] انظر على سبيل المثال راجع فتح القدير ٥/ ٦٩، والدر المختار ٣/ ٥٥١، وغاية المنتهى ٤/ ٣٤٠، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١١٨ -١٢٩، والخيرية ١/ ١٩٧ ونهاية المطلب لإمام الحرمين جـ ٧ مخطوط. تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٥، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠١

المطلب الرابع

أسباب انقضاء الحكر

الحكـــر غالـــبا يكـــون دائميا، مالم ينص في العقد على مدة معينة، فينقضي بانقضائها، ويجوز كذلك فسخ عقد الحكر ولو كان دائميا إذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة ثلاث سنوات، ولا ضرورة لإنذار المستأجر بفسخ الحكر، هذا وهناك عدة أسباب يؤدي إلى انتهاء الحكر وهي على النحو التالي:

أولا: موت العاقدين"

الحكم العام عند الحنفية أن عقد الإجارة ينتهي بموت العاقدين أو أحدهما.

غـــير أن عقد الحكر لا ينتهي ولا ينفسخ بموت المؤجر، سواء كان هو الواقف بماله من الولاية أو ناظر الوقف، وإنما ينتهي بموت المحتكر، فإنهم يرون أنه إذا مات المستحكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المستحكرة انفسخت الإجارة، وليس لورثته البناء في الأرض أو الغرس فيها إلا بإذن الناظر[1].

وإذا كـــان المســـتأجر جماعة، فلا تبطل بموت بعضهم قبل تمام المدة، وتصرف حصة الميت إلى ورثته[2].

وذلـــك لأن المؤجر في الوقف ليس مالكا للعين، ولا لمنفعتها والعقد لم يقع له، فموتـــه لا يغير حكمه، وأما المستأجر فالعقد وقع له والأجر ملزم من ماله، ولو بقي العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف موجب العقد.

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٣١، وقانون العد والإنصاف المادة ٣٤١.

[2] الفتاوى الخانية ٣/ ٣٤٥.

جاء في الخانية: " وقف على أرباب، وأحدهم متول، فأجره من رجل ثم مات هـذا المـتولي، ولا تبطل الإجارة، لأن الإجارة وقعت لموقوف، فلا تبطل بموت العاقد، كما لا تبطل بموت الوكيل في الإجارة.

والحنفـية يجعلون هذا كما لو أجر القاضي الدار الموقوفة ثم عزل قبل انقضاء المدة فإنها لا تبطل وهنا كذلك.

أما الشافعية: فإن الحكم عندهم، أن الإجارة في الملك لا تنفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، بل تبقى إلى انقضاء المدة، لأنها عقد لازم، فلا تنفسخ بالموت كالبيع، ويخلف المستأجر وارثه في استبقاء المنفعة[1].

ولا يختـلف الأمر كثيرا في الوقف، فالأصل عندهم، عدم فسخ الإجارة بموت الناظر.

جاء في مغني المحتاج ما نصه: " ولا تنفسخ أيضا بموت متولي الوقف"[2].

إلا أنهم استثنوا من ذلك بعض الصور:

الصـورة الأولى: أن يؤجـر الـناظر العين الموقوفة عليه، والحكم فيه ما نقله الشيرازي[3] "فإن أجر وقفا عليه، ثم مات، فقيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل، لأنه أجر ما يملك إجارته، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مـات، فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية، لأن المنافع في المدة الباقية حق له، فاستحق أجرتها.

والـثاني: تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره، فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية"[4].

---

١ المهذب ١/ ٤٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٦، وروضة الطالبين ٥/ ٢٤٥.

٢ روضة الطالبين ٥/ ٢٤٥.

٣ الشيرازي

٤ المهذب ١/ ٤٠٧.

ويفترق هذا الحكم في الوقف عنه في الملك من حيث أنه إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة المورث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة، فلا يبطل العقد.

أمـــا في الوقـــف فإن البطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلا ينفذ عقد الأول عليه.

الصورة الثانية: أن يكون المؤجر هو البطن الأول من الموقوف عليهم، فإذا أجر هذا الـــبطن مـــدة، ثم مات قبل انتهاء المدة وشرط الواقف لكل منهم النظر في حصته مدة اســتحقاقه فقط، قال الشربيني الخطيب: " فالأصح انفساخها فيما بقي من المدة..... لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره، ولا دلالة عليه ولا نيابة.

والثاني: لا تنفسخ في الوقف كالملك"[1]، ومثل البطن الأول في هذا جميع البطون.

الصـــورة الثالثة: لو أجر أحد الموقوف عليهم المشروط له النظر ثم مات انفسخت الإجارة في نصيبه خاصة كما أشار إليه الأذرعي[2].

الصورة الرابعة: لو أجر الناظر للبطن الثاني، فمات البطن الأول، فقد انتقلت منافع الوقـــف إلـــيهم، فتنفسخ الإجارة، لأن البطن الثاني المؤجر صار مستحق المنافع، ولا يستحق لنفسه على نفسه[3].

والمالكـــية كالشافعية: يفسخون الإجارة بموت الناظر إذا كان من جملة المستحقين للوقف، ولا يفسخونها بموته إن لم يكن كذلك.

قال الدسوقي في إجارة الناظر للوقف: " المراد بالناظر في كلام المصنف من كان من جملـــة الموقـــوف عليهم، وأما غيره فيجوز له أن يكري أزيد من ذلك، لأن بموته لا تنفسخ الإجارة، بخلاف المستحق، فإنه تنفسخ الإجارة بموته".

إذا العـــلماء مـــتفقون على أنه لا ينفسخ الحكر بموت المؤجر وأما موت المستحكر فيرى الحنفية فسخه بموته بخلاف الشافعية والمالكية.

---

[1] مغني المحتاج ٢/ ٣٥٦.

[2] المصدر نفسه ٢/ ٣٥٧.

[3] المصدر نفسه ٢/ ٣٥٧.

موقف القانون الباكستاني من أسباب انقضاء الحكر

أسباب انقضاء الحكر في القانون الباكستاني مثل أسباب انقضاء الحكر في الفقه الإسلامي حيث لم يختلف عنه في المجموع وإن اختلف في الألفاظ والعبارة وأسباب انقضاء الحكر في القانون الباكستاني على النحو التالي:

الانسحاب عن العقد أي تركه فمتى ما ترك العاقدان العقد أوترك أحدهما يعتبر العقد باطلا وكذلك إذا وجد الغبن أو الخديعة في العقد يعتبر العقد باطلا وهكذا ينفسخ العقد إذا دخل العقد الأول في العقد الأخر، والعذر أيضا يجعل العقد باطلا كأن يعسر المستأجر ولم يستطع دفع الأجرة أو يريد السفر، أو كان المؤجر احتاج إلى الشئ المستأجر أو هلاك العين المؤجرة أو مات المؤجر أو المستأجر فكل هذه الأشياء يجعل العقد باطلا[١].

وورد في قانون العقد الباكستاني المادة ٥٦ ما يأتي:

إذا كان المعقود عليه غير ممكن الوجود أو غير ممكن العمل بسبب كونه خارج عن قدرة العاقدين، أو ليس في وسع أحدهما أو كليهما دفاع العقد عن إبطاله يصير العقد باطلا[٢]

---

١ lord Hailsham الطبعة الرابعة مكان الطبع لندن Halsbury,s Laws Of England Butterworths

٢ The Contract Act, ١٨٧٢
Section: ٥٦
…. A contract to do an act which, after the contract is made, becomes impossible, or by reason of some event which the promisor could not prevent, unlawful, becomes void when the act becomes impossible or unlawful ….

موقف القانون المصري

وفي القانون المدني المصري أيضاتفسخ بموت المحتكر مثل قول الحنفية فقد ورد في القانون المذكور أسباب انتهاء الحكر وذكر منها موت المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، فقد ورد في المادة ١٠٠٨ من التقنين المدني المصري ما يأتي: " ومع ذلك ينتهي هذا الحـــق قـــبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر"

ويفترض النص أن المحتكر قد مات قبل أن يبدأ تنفيذ التزامه من البناء أو الغراس في الأرض المحتكرة، ففي هذه الحالة قد تتضرر الورثة من بقاء الحكر، إما لعجزهم عن البناء أو الغراس، وإما لعدم اتفاقهم على ذلك، فجعل القانون الخيار للورثة، وما لم يطلبوا جميعا بقاء الحكر فيلتزموا بالبناء وبالغراس ويحلوا محل مورثهم في ذلك، ينتهي الحكر بموت المحتكر وقبل انقضاء أجل الحكر، وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولكنه ورد في المادة ٧٠٥ من مرشد الحيران على الوجه الآتي:" إذا مات المستحكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المحتكرة، انفسخت الإجارة، وليس لورثته البناء أو الغراس فيها بدون إذن الناظر" فالنص هنا لا يكتفي باتفاق الورثة، بل يوجب أيضا إذن الناظر حتى لا ينفسخ الحكر بموت المحتكر[١].

---

[١] انظر الوسيط ٦/ ١٤٨٣.

إضـــافة إلى ذلـــك فقد ذكر صاحب الحقوق العينية الأصلية بأن نزع الملكية للمنفعة العامة، تزول صفة الوقف عن الأرض، ويسقط حق الحكر المقرر عليها إذا دخلت في ضمن الأملاك العامة[1].

وقد حكم بأن الأمر العالي الصادر في ١٦ من يونيه سنة ١٨٨٠ بجعل العقارات والســرايات المذكـــورة فيه ملكا للحكومة وملحقة بالأملاك العامة قد أدخل في ضـــمنها الأراضي المحتكرة القائمة عليها تلك السرايات، فلا يجوز إذن بعد ذلك لديـــوان الأوقـــاف مطالبة الحكومة بالحكر، لأن الحكر ضرب من الإيجار، ومن يدعي بأجرة أرض يدعي بملكيتها أو بحق الانتفاع بها، والأرض هنا أصبحت ملكا للحكومة، فلا تمكن مطالبتها بإيجار أرض مملوكة لها[2].

المقارنة:

القـــانون يساير الفقه الحنفي بل هو مأخوذ من ذاك الفقه لأن كلا منهما يرى فســخ الحكـــر بموت المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، فليس بينهما خلاف بل إن القانون أخذ هذا الحكم من الفقه تماما.

انقضاء الحكر بهلاك البناء أو الأشجار:

إذا خـــرب البناء الذي بناه المحتكر في أرض الوقف وزال عنها بالكلية، ينقضي حـــق المحتكر في القرار فيها، وهذا إن كان بعد انقضاء مدة الإجارة لا في المدة،

---

[1] راجع نقض ١١ يناير ١٩٤٠ بمجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ٢٣ ص٥٢: إنه لما كانت الشريعة تقضي بأنه إذا خرب البناء المحتكر، أو جف شجرة، ولم يبق لهما أثر في أرض الوقف، ومضت مدة الاحتكار، فإن الأرض تعود إلى جهة الوقف، ولا يكون للمحتكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء، وبأنه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة فإن العقد ينفسخ وتسقط عن المحتكر أجرة المدة الباقية، لما كان ذلك كان نزع ملكية الأرض المحكورة هي وما عليها من بناء للمنفعة العامة يترتب عليه حتما أن يفسخ عقد الاحتكار، ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار، ولا يكون له إلا ثمن بنائه، أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض.

[2] استئناف مصر الأهلية ٤ فبراير ١٨٩٧ خانكي بك ٣٩٤ راجع استئناف مختلط ١٧ مايو ١٨٩٤ (٦ ص ٢٨٢).

وكذلــك إن فنيــت الأشجار التي في الأرض الزراعية وذهب كردارها لا يكون للمحتكر حق في الاستمرار في شغلها، إن حصل ذلك بعد انقضاء مدة الإجارة[1].

كمــا ينتهي الحكر بسبب هلاك البناء أو الأشجار في الفقه كذلك في القانون فــإن القــانون يــنص على انتهاء الحكر بسبب الهلاك فقد ورد في التقنين المدني المصري المادة ١٢٧ تدل على انتهاء الحكر بسبب الهلاك ونص القانون: " ينتهي حق الحكر بهلاك الأرض المحكرة، وإذا نزعت ملكية الأرض المحكرة للمنفعة العامة، يوزع التعويض بين حق الرقبة وحق الحكر بنسبة كل منهما محسوبة على الأساس المــبين في المادة السابقة، وعلى هذا الأساس يوزع التعويض عن أي ضرر ويلحق بالرقبة والحكر على السواء"[2].

وقال الدكتور السنهوري: " ولما كانت القواعد العامة الواجبة التطبيق في هذه المســألة تقضي بأن هلاك العين المحتكرة أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة ينهى حق الحكر ولا يكون للمحتكر الرجوع بتعويض عن حقه.

وزاد الدكــتور السنهوري وقال: " والصورة العملية لهلاك الأرض المحكرة هي الهــلاك المعنوي بأن تترع ملكيتها للمنفعة العامة وعند ذلك تصبح الأرض ملكا عامــا، وينتهي حق الحكر، ولا يكون للمحتكر إلا التعويض عن البناء أو الغراس الذي قد يكون قائما في الأرض المحكرة.[3].

المقارنة:

اتفــق القانون مع الفقه في انتهاء الحكر بسبب الهلاك حيث أن الفقه يقول أن الحكــر تنتهي بسبب هلاك البناء أو الأشجار إلا أن الفقه قيد ذلك بما إذا انتهت

---

١ قانون العدل والإنصاف والإنصاف المادة ٣٣٨، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٣١، وفتح العلي ٢/ ٢٥٢.

٢ مجموعة الأعمال التحضيرية ٦/ ص ٦٠٦.

٣ الوسيط ٦/ ١٤٩٤

مدة الاحتكار أما في المدة فلا، والقانون أطلق ذلك و لم يقيده بانتهاء مدة الإجارة، بل قال: بأن هلاك العين المحتكرة أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة ينهى حق الحكر، ولا يكـــون للمحـــتكر الرجوع بتعويض عن حقه، ومعنى ذلك أن هلاك العين المحتكرة ينهى حق الحكر سواء في مدة الإجارة أو بعدها.

هذا وقد ورد في القانون أسباب أخرى لانتهاء الحكر و لم يذكرها الفقهاء من ذلك:

أولا: اتحاد الذمة: ينتهي حق الحكر باتحاد الذمة إذا تملك صاحب الرقبة المنفعة، أو إذا تملك صاحب المنفعة الرقبة، وقد ورد التقنين المدني المصري ما نصه: " فإذا ملـــك المحكر حق الحكر أو ملك المحتكر حق الرقبة، كأن ورث أحدهما، الآخر، انهى الحكر باتحاد الذمة، وأصبح المحكر أو المحتكر مالكا للأرض ملكية تامة، وقد يضـــع المحـــتكر يده على الأرض المحتكرة باعتباره مالكا لها ويمتنع عن دفع أجرة الحكـــر، وتكـــون حـــيازته للأرض كمالك خالية من الغموض، فيتملك الرقبة بالتقادم، وذلك بانقضاء ثلاث وثلاثين سنة إذا كانت الأرض وقفا، وخمس عشرة سنة إذا كانت الأرض ليس بوقف، ومذ يصبح المحتكر مالكا للرقبة بالتقادم، فإن حق الحكر يزول باتحاد الذمة في شخص المحتكر"[١].

ومـــن أسباب انتهاء الحكر في القانون عدم الاستعمال فإذا لم يستعمل المحتكر العـــين المحـــتكرة لمـــدة خمس عشرة سنة ينتهي حق الحكر إلا إذا كانت الأرض موقوفـــة فإن حق الحكر ينتهي فيها إذا لم يستعملها لمدة ثلاث وثلاثين سنة، وقد ورد في التقـــنين المـــدني المصري ما نصه: " ينتهي حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفا فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة"[٢]

---

١ انظر الوسيط ٦/ ١٤٩١- ١٤٩٢ والحقوق العينية الأصلية ٥٩٦/٢

٢ المصدران نفساهما .

وقد تقدم أن حق الحكر منفصل عن حق الرقبة، وأن أحدهما قد يكون موقوفا دون الآخر، فقد تكون الأرض موقوفة وهذا هو الغالب، ويكون حق الحكر عليها موقوفـا هـو أيضا أو يكون غير موقوف، ولا يلزم من إنشاء الحكر على ارض موقوفـة أن يكون الحكر نفسه موقوفا، بل هو ينشأ غير موقوف، وإذا أريد وقفه وجب إنشاء الوقف بتصرف مستقل، وقد يكون الأرض غير موقوفة، ويكون حق الحكـر علـيها موقوفا أو يكون غير موقوف، فيمكن إذن أن نتصور حق حكر موقـوف على أرض غير موقوفة، كما يمكن أن نتصور حق حكر غير موقوف على أرض موقوفة.

وينـتهي الحكـر أيضا بزوال صفة الوقف عن الأرض المحتكرة، وقد ورد في القانون المدني المصري مايدل على ذلك ونص القانون: " وينتهي الحكر أيضا قبل حلـول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو أنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته"[1].

وذكـر الدكتور السنهوري: أن السبب في ذلك يرجع إلى أن وضع هذا النص في قـانون الوقف كان يجعل الوقف موقوفا في بعض الحالات، فينتهي المدة المعينة أو بانقـراض الطبقات المعينة، أو بصيرورة نصيب المستحقين قليل القيمة فإن انتهى الوقـف لسبب من هذه الأسباب، أو أبطل أو استبدل، وزالت صفة الوقف عن الأرض، وجـب الـنظر في مصير الحكر الذي قد يكون مترتبا عليها، وقد جرى التقنين المدني الجديد على السياسة التي توخاها من التضييق في حق الحكر والعمل على إنهائه ما أمكن ذلك.

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٩٥.

ومن أسبابه كذلك عدم رفع الأجرة نصت المادة ١٠٠٩ على أنه " يجوز للمحكر إذا لم تدفع له الأجرة ثلاث سنين متوالية[1] أن يطلب فسخ العقد[2].

مصير المنشآت

جاء في المادة ١٠١٠ أنه: " ١- عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

"٢- وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الامهال، وفي هذه الحالة يقدم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته[3]

---

[1] عند نظر المادة ١٠٠٩ في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (في جلسة الحادية والأربعين) اعترض أحد الأعضاء على تعليق طلب الفسخ على عدم دفع الأجرة ثلاث سنين، قائلا إن هذه المدة طويلة، ورد عليه بأن هذا ما استقر عليه القضاء على أنه يجوز للمحكر أن ينفذ على المحتكر تنفيذا عينيا في أي وقت شاء ويتخذ من الاجراءات الأخرى التي تكفل له استيفاء مقابل الحكر، ولكن لا يجوز له طلب الفسخ إلا بعد ثلاث سنين لأن الحكر يختلف عن الإجارة العادية في أنه حق عيني يكلف المحتكر نفقات كثيرة، ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد هذه الفترة الملائمة من الزمن (الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٩٤)

[2] استئناف مختلط ٢١ نوفمبر ١٨٧٨ (٣٥ص ٢٥١).

[3] كان نص المشروع التمهيدي للمادة كالآتي:
"١- عند فسخ العقد أو انتهائه يجوز للمحكر إزالة البناء والغرس ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".
"٢-فإذا كان من شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض كان له أن يستبقي البناء والغرس في مقابل دفع قيمتهما مستحقي الإزالة، وللمحكمة أن تمهله في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر ذلك".

فعدلت لجنة القانون بمجلس الشيوخ الفقرة الأولى من المادة وجعلت للمحكر عند فسخ العقد أو انتهائه أن يطلب إما إزالة البناء والغرس أو استبقائهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وقد رأت اللجنة أن تقر هذا الخيار للمحكر لتيسر الانتفاع بما أقامه المحتكر في الأرض، وخالفت المشروع في قصر حق المحكر في استبقاء البناء أو الغراس على الحالة التي يكون فيها من شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض، وعلى هذا الأساس رأت اللجنة أن تعدل الفقرة الثانية من المادة نفسها، وأن تقصر حكمها على تخويل المحكمة حق امهال المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف تبرر الامهال، وأجبت في هذه الحالة أن يقدم المحكر كفالة لضمان ما يجب عليه أداؤه للمحتكر.

هذا ومما يتعلق بالموضوع هل تثبت الشفعة فيما بني في الأرض المحتكرة أم لا؟

ذهـــب الحنفـــية والشافعية إلى أنه لا شفعة في الكردار الذي في ارض الوقف المحـــتكرة، لأنـــه لا شـــفعة عندهم في البناء بدون الأرض، ولا في الشجر بدون الأرض.

وعند المالكية يكون لمن اشترك في البناء في أرض الوقف المحتكرة الأخذ بالشفعة فعندهم يثبت إذا كان هناك اشتراك في البناء في أرض الوقف المحتكرة.

خلاصة ما ورد في هذا الفصل

١- الحكـــر في اللغة عبارة عن الظلم والتنقص، وإساءة المعاشرة، والعسر، والالتواء والاستبداد والحبس، والمعنى الأخير يوافق معنى الحكر الذي نحن بصدد بحثه.

٢- الحكـــر عند الفقهاء يطلق على عدة معاني: فإنه يطلق على الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها، ويطلق على العقار المحتكر نفسه ويطلق كذلك على الإجارة الطويلة.

٣- الحكـــر الـــذي يقصده الحنفية عبارة عن تلك الإجارة التي يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض.

٤- والحكر في القانون عبارة عن عقد يؤجر به مالك العقار عقاره لمستأجر إلى الأبد أو لمدة طويلة في مقابل أجرة المثل.

٥- هـــناك عـــدة ألفـــاظ لها علاقة بالحكر يستعملها الفقهاء وهي الفراغ، المرصد، الكردار، مشد المسكة، الكدك.

٦- موضوع الحكر إجارة الوقف المخرب أو عقار غير موقوف.

٧- الحكر ينقسم إلى قسمين: أ- حكر في الأوقاف. ب- حكر في الأملاك الخاصة، والذي يكون في الأوقاف هو الأغلب.

٨- وينقسم الحكر في القانون إلى قسمين كما هو في الفقه الحكر في عين موقوفة وفي الأملاك الخاصة.

٩- يجوز الحكر عند أكثر الفقهاء إلا أنهم اشترطوا لجوازه عدة شروط وهي:

أ- أن يكون الوقف قد تخرب.

ب- أن لا يكون للوقف حاصل يعمربه.

جـــ- أن لا يوجـــد مـــن يقرض الوقف القدر المحتاج إليه بأقل من تلك الأجرة.

١٠-القانون المدني الباكستاني والمصري يجيزان الحكر.

١١- يملك تحكير الوقف الناظر فقط لا الموقوف عليه.

١٢- ليس للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لنفسه أو لمن تحت ولايته.

١٣- للمحتكر أن ينتفع بالعقار إلى الأبد أو طول المدة المعينة، وله أن يحدث تصليحا في العقار، وأن يغير فيه بشرط ألا ينقص من قيمته.

١٤- يجوز للمحتكر أن يتنازل عن الحق ببيع أو هبة أو غير ذلك.

١٥- يملك المحتكر البناء الذي يبنيه أو الغرس الذي يغرسه بإذن القاضي أو الناظر، وأما رقبة الأرض فللوقف.

١٦- عقد الحكر ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا في الأرض المحتكرة.

١٧- يجب على المحتكر دفع الأجرة، وتعد إيرادا دائما إذا كان الحكر مؤبدا.

١٨- حق المؤجر في استبقاء الأجرة يعد حقا عينيا على العقار المحتكر.

١٩- الأجرة تختلف زيادة ونقصا حسب ارتفاع أو نزول السعر إيجار الأرض المحتكرة

٢٠- ليس للمستأجر طلب نقص أجرة المثل نقصا فاحشا أو فسخها إذا طرأت أثناء مدة الإجارة طوارئ أدت إلى نقص الأجرة.

٢١- لا يصح التحكير مطلقا بل لابد من تحديد المدة وذلك لعدة أسباب:

أ- طول المدة تؤدي إلى اندراس الوقف وخرابه ويؤدي هذا بالتالي إلى الإضرار بالمستحقين.

ب- أن أحوال الناس متغيرة ومتطورة.

جـ- قد يؤدي أن يتمسك المستأجر الحكر بطول المدة فتندرس سمة الوقفين.

٢٢- اختلف الأئمة في تحديد المدة فمنهم من أطلقها وجعلها تابعة للظروف، ومنهم من حددها بثلاثين سنة، ومنهم من حددها بستين سنة.

٢٣- حدد القانون المدة بستين سنة فإنه لا يجوز أكثر من ذلك.

٢٤- إذا انتهت مدة الإجارة وكان للمستأجر في الأرض ملك له نهاية معلومة

كزرع لم يبلغ حصاده، تبقى الأرض في يده بأجرة المثل إلى أن يحصد الزرع.

٢٥- وإذا كان للمستأجر في الأرض ملك ليس له نهاية معلومة كالبناء فهذا لا يخلو من حالتين:

أ- أن يكون المستأجر قد أذن من الناظر فيترك الأرض في يده مادام يدفع أجرة المثل.

ب- أن لا يكون هناك إذن من الناظر، وكان ما بناه أو غرسه من مال الوقف يكون للوقف ولا حق له في الرجوع على الوقف، وإن كان من ماله هو فعليه قلع ما بناه أو غرسه.

٢٦- لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل حتى ولو كان المؤجر هو الناظر.

٢٧- ناظر الوقف إذا أجر الوقف بأقل من أجرة المثل وبغبن فاحش فإنه يترتب على ذلك فساد عقد الإجارة.

٢٨- يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل إذا دعت الضرورة مثل إذا نابت الوقف نائبة، أو كان عليه دين أو كان غير مرغوب في إجارته إلا بالأقل.

٢٩- ينتهي الحكر بموت العاقدين أو أحدهما، وبهلاك البناء أو الأشجار.

الفصل الثاني: الإجارة الطويلة وعقد الإجارتين وحلول الانتفاع وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الإجارة الطويلة وخصائصهما، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: التعريف

المطلب الثاني: منشأ الإجارة الطويلة و أحكامها

المطلب الثالث: الفرق بين الإجارة الطويلة والحكر.

المبحث الثاني: عقد الإجارتين وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: ماهية عقد الإجارتين

المطلب الثاني: أحكام عقد الإجارتين

المطلب الثالث: الفرق بين عقد الإجارتين وكل من الحكر والإجارة الطويلة وفيه مسألتان

المسألة الأولى: الفرق بين عقد الإجارتين والحكر

المسألة الثانية: الفرق بين عقد الإجارتين والإجارة الطويلة

المبحث الثالث: ماهية حلول الانتفاع وحكمه وخصائصه، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية حلول الانتفاع

المطلب الثاني: حكم حلول الانتفاع

المطلب الثالث: خصائص حلول الانتفاع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الفرق بين حلول الانتفاع وحق الحكر

المسألة الثانية: الفرق بين حلول الانتفاع والإجارة الطويلة

الفصل الثاني

الإجارة الطويلة وعقد الإجارتين وحلول الانتفاع وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

الإجارة الطويلة وخصائصها وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

التعريف

الإجارة في اللغة:

الإجـــارة في اللغة اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، يقال أجر الشيئ أكراه وأجر العامل صاحب العمل رضي أن يكون أجيرا عنده، وجمعه أجراء، ومنه قوله تعالى: " على أن تأجرني ثماني حجج"[1].

وأجـــر فلانا على كذا أعطاه أجرا. والفعل من باب قتل، ويقال آجرت الدار فأنا مؤجرها، كما يقال آجرت فأنا مؤاجر[2].

وأجـــر مـــن فـــلان الدار أكراها له وأجر فلانا الدار أكراه إياها وآجره مؤاجرة استأجره اتخده أجيرا كما يقال ائتجر على فلان بكذا عمل له بأجر، ويقال في معنى أجـــره أكراه فهو مكر وكاراه فهو مكار واكتراه استأجره فهو مكتر وأكراني دابته إياها.

والأجرة الكراء والكروة[3].

وهـــي بكسر الهمزة، وهذا هو المشهور، وحكي الضم بمعنى المأخوذ وهو عوض العمل، ونقل الفتح أيضا، فهي مثلثة، لكن نقل عن المبرد[4] أنه يقال: أجر وآجر إجارا

---

[1] سورة القصص الأية ٢٧

[2] مقاييس اللغة، ومصباح المنير المادة (آجر)

[3] القاموس المحيط ومعجم الوسيط المادة (آجر)

[4] المبرد هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر بن عمير المعروف بـــ " المبرد" إمام نحاة البصرة في عصره، ويقال له المبرد بكسر الراء وفتحها، ولد بالبصرة عام ٢١٠هـــ وطلب العلم صغيرا، وتلقى على أعلام =

وإجارة،وعليه فتكون مصدرا وهذا المعنى هو المناسب لمعنى الاصطلاح[1]

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء:

بأنها عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض[2].

وقيل: بأنها عقد يفيد تمليك المنفعة بعوض[3].

ولا أرى فرقا بين التعريفين، وتتميز الإجارة عن الجعالة بأنها عقد والجعالة ليست عقدا وإنما تنشأ بإرادة منفردة أي إرادة الجاعل وحدها، وعن البيع والهبة، لأنهما يفيدان تمليك الأعيان، وعن العارية والوصية بالمنفعة لأن التمليك بهما بالمجان.

وليس في تعريف الإجارة بذلك اختلاف بين الفقهاء جميعا، وإنما يختلفون في العبارة الدالة على هذا المعنى من ناحية استعمال لفظ بدل لفظ له معناه أو من ناحية زيادة بيان وتفصيل كما في تعريف بعض الحنابلة لها في " كشاف القناع" بأنها عقد منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم.

واستثنوا من المدة ما فتح من الأرض عنوة وترك لأهله بالخراج على أن يكون أجرة له مراعاة للمصلحة العامة التي استوجبت ذلك فإنه في نظر الحنابلة يعد متروكا في يد أهله بطريق الإجارة دون تقدير مدة لذلك، ولذا يبقى في أيديهم لا ينزع منهم.

وينتقل بالوراثة إلى ورثتهم فيتوارثون منافعها كما تتوارث الأعيان[4].

=البصرة، النحو، واللغة، والتصريف، له مصنفات كثيرة منها: احتجاج القرأة، والأخيار، وأدب الجليس، وإعراب القرآن، والبلاغة وغيرها، توفي ببغداد سنة ٢٨٥هـ.

(تاريخ بغداد ٤/ ١٥١، لسان الميزان ٥/ ٤٨٧، البداية والنهاية ١١/٧٩ والأعلام ٥/ ٤٨٧.

[1] المغرب ومقاييس اللغة مادة (آجر).

[2] انظر كشف الحقائق ٢/ ١٥١، سنة الطبع ١٣٢٢هـ والمبسوط ١٥/ ٧٤ الطبعة الأولى، والأم ٣/ ٢٥٠، الطبعة الأولى سنة ١٣٢١هـ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير ٦/ ٣ طبعة المنار سنة ١٣٤٧ هـ والشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٥.

[3] الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/ ٦٠.

[4] كشاف القناع ١/ ٦٨٨.

وكذلك استثنوا الصلح مع صاحب أرض على حق ادعى عليه نظير بدل أو عوض هـــو أن يجري المصالح في تلك الأرض ماء أرضه الفاضل من ريها أو حاجتها من الماء في ريها على أن يكون ذلك حقا له دائما، فقد أجازوا ذل على أنه إجارة للمجرى، في أرض المصالح بلا اشتراط مدة بل تعد إجارة مستمرة[1].

وقد شاع عند كثير من الفقهاء استعمال اسم الإجارة وما اشتق منها في استئجار الآدمـــيين واســـتعمال اسم الكراء وما اشتق منه في استئجار غيرهم ومع ذلك فقد يستعملون اللفظين دون تفرقة بينها في الاستعمال [2].

وفي الشرح الكبير للدردير[3]:" أن المالكية يسمون العقد على منافع الآدمي وما يقبل الانـــتقال كالثياب والأواني ما عدا السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا يقـــبل الانـــتقال كالأرض والدور، وكذلك منافع السفن والدواب كراء، وهذا هو الاستعمال الغالب عندهم، وقد يستعملون أحد اللفظين محل الآخر.

والإجـــارة ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة ولكنها مخالفة للقياس[4]، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة وهي معدومة، فمقتضى القياس عدم جواز الإجارة ولكن

---

[1] منتهى الإرادات ١/ ٤٢٢.

[2] شرح النيل ٥/٥ للإباضية

[3] الشرح الكبير ٤/ ٢

[4] هذا وقد اعترض العلامة ابن القيم على هذا وقال إن الإجارة توافق القياس وقال: " وأما الإجارة فالذين قالوا: " هي على خلاف القياس" قالوا: هي بيع معدوم لأن المنافع معدومة حين العقد، ثم لما رأوا الكتاب قد دل على جواز إجارة الظئر للرضاع بقوله: " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" قالوا: إنها على خلاف القياس من وجهين — أحدهما: كونها إجارة، والثاني: أن الإجارة عقد على المنافع، وهذه عقد على الأعيان، ومن العجب أنه ليس في القرآن ذكر إجارة جائزة إلا هذه، وقالوا: هي على خلاف القياس، والحكم إنما يكون على خلاف القياس إذا كان النص قد جاء في موضع يشابهه بنقيض ذلك الحكم فيقال: هذا خلاف القياس ذلك النص، وليس في القرآن ولا في السنة ذكر فساد إجارة شبه هذه الإجارة، ومنشأ ظنهم أن مورد عقد الإجارة لا يكون إلا منافع هي أعراض قائمة بغيرها، لا أعيان قائمة بنفسها".

ثم اعترض على وهذا وقال: " قولهم إن الإجارة بيع معدوم، وبيع المعدوم باطل" دليل مبني على مقدمتين، الأولى وهي كون الإجارة بيعا- إن أردتم به البيع الخاص الذي يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل، وإن أردتم به البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة الثانية باطلة، فإن البيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع، ومن سلّم بطلان بيع المعدوم فإنما يسلّمه في الأعيان، ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا، تنازع الفقهاء في الإجارة، هل تنعقد بلفظ البيع؟ على وجهين، والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود، فإن الشارع لم يحدّ لألفاظ العقود حدا، بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية والتركية، فانعقادها بما يدل عليها من الألفاظ العربية أولى وأحرى، ولا فرق بين النكاح وغيره، وهذا قول جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة".

ثم أطال الكلام وقال: " إن قولهم الإجارة نوع من البيع" إن أراد به البيع الخاص فباطل، وإن أراد به البيع العام فصحيح، ولكن قولهم: " إن هذا البيع لا يرد على معدوم" دعوى باطلة، فإن الشارع جوّز المعاوضة العامة على المعدوم، فإن قاس بيع المنافع على بيع الأعيان فهذا قياس في غاية الفساد، فإن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها البتة، بخلاف الأعيان، وقد فرق بينهما الحس والشرع، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يؤخذ العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق، كما نهى عن بيع السنين، وحبل الحبلة والثمر قبل أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد، ونهى عن الملاقيح والمضامين ونحو ذلك، وهذا يمتنع مثله في المنافع، فإنه لا يمكن أن تباع إلا في حال عدمها، فههنا أمران: أحدهما: يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه، فنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد، وجوّز منه بيع ما لم يوجد تبعا لما وجد إذا دعت الحاجة إليه، وبدون الحاجة لم يجوّزه، والثاني مالا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع، فهذا جوّز العقد عليه و لم يمنع منه.

فإن قلت: أنا أقيس أحد النوعين على الآخر، وأجعل العلة مجرد كونه معدوما.

قيل: هذا قياس فاسد، لأنه يتضمن التسوية بين المختلفين، وقولك: " إن العلة مجرد كونه معدوما" دعوى بغير دليل، بل دعوى باطلة، فَلِم لا يجوز أن تكون العلة في الأصل كونه معدوما يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده؟ وعلى هذا التقدير فالعلة مقيدة بعدم خاص، وأنت لم تبين أن العلة في الأصل مجرد كونه معدوما، فقياسك فاسد، وهذا كاف في بيان فساده بالمطالبة، ونحن نبين بطلانه في نفسه، فنقول: ماذكرناه علة مطردة، وماذكرته علة منتقضة، فإنك إذا عللت بمجرد العدم ورد عليك النقض بالمنافع كلها وبكثير من الأعيان وما عللنا به لا ينتقض، وأيضا فالقياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومناسباتها تشهد لهذه العلة، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان في بيعه حال العدم مخاطرة وقمار، وبذلك علل النبي صلى الله عليه وسلم المنع حيث قال: " أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟ !" وأما ما ليس له إلا حال واحد والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا قمارا، وإن كان فيه مخاطرة يسيرة فالحاجة داعية إليه، ومن أصول الشريعة أنه إذا تعارضت المصلحة

أجيزت للحاجة، وذلك أن الإنسان محتاج إلى منافع أعيان لا قدرة له على ابتياعها إذ ليس كل إنسان يستطيع أن يشتري الدار التي يحتاج إلى سكناها، والحمام الذي يحتاج إلى الاغتسال فيه، والدابة التي تحمل ثقله ومتاعه، لكن يسهل إليه استئجار ذلك وتحصيل منفعته منه، وجواز الإجارة من الأسباب التي يكون بها عمران البلاد ورفاهية العباد وإنك لتجد شركة تنفق ألوف الألوف من الروبيات في إنشاء السكك الحديدية والسفن فتسهل بذلك للناس التنقل بين البلاد ونقل أموالهم وأثقالهم بأجرة تأخذها.

وإن المؤجر لمحتاج إلى الإجارة فهو يؤجر أعيانه، وينتفع بأجرتها، ويستبقيها، والأجير والمستأجر كلاهما محتاج إلى الإجارة، لأن الفقير محتاج للمال، والغني محتاج للأعمال وبذلك تثبت الحاجة إلى الإجارة التي هي العقد على منافع العمل فلو لم تجز الإجارة لكان في ذلك على الناس ضيق وحرج[1]. وقد ذكرنا في الهامش أن ابن القيم يرى أنها غير مخالفة للقياس بل هي موافقة ولعل رأي ابن القيم هو أقرب إلى الصواب والله أعلم.

والمفسدة قدم أرجحهما، والغرر إنما نهى عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما، وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة، فلا يزيل أدنى الضررين بأعلاهما، بل قاعدة الشريعة ضد ذلك، وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما، ولهذا لما نهاهم عن المزابنة لما فيها من ربا أو مخاطرة، أباحها لهم في العرايا للحاجة، لأن ضرر المنع من ذلك أشد من ضرر المزابنة، ولما حرم عليهم الميتة لما فيها من خبث التغذية أباحها لهم للضرورة، ولما حرم عليهم النظر إلى الأجنبية، أباح منه ما تدعو إليه الحاجة للخاطب والمعامل والشاهد والطبيب.

فإن قلت: فهذا كله على خلاف القياس.

قيل إن أرت أن الفرع اختص بوصف يوجب الفرق بينه وبين الأصل فكل حكم استند إلى هذا الفرق في الصحيح فهو على خلاف القياس الفاسد، وإن أردت أن الأصل والفرع استويا في المقتضى والمانع واختلف حكمهما فهذا باطل قطعا، ليس في الشريعة منه مسألة واحدة، والشيئ إذا شابه غيره في وصف وفارقه في وصف كان اختلافهما في الحكم باعتبار الفارق مخالفا لاستوائهما باعتبار الجامع، وهذا هو القياس الصحيح طردا وعكسا، وهو التسوية بين المتماثلين والفرق بين المختلفين"

(انظر أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٢٢ وما بعدها).

[1] انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٤٣٩، الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ ١٩٩١م دار الجيل بيروت لبنان

وقد جاء في الكتاب العزيز " إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج"[1] على لسان شعيب عليه السلام، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه ولا سيما إذا ذكر الشرع من غير إنكار، وقد جاء في الكتاب العزيز أيضا: "فأتوهن أجورهن"[2]، وقوله تعالى:" لو شئت لاتخذت عليه أجرا"[3]، فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الإجارة مشروعة.

وأما السنة فقد ورد في الحديث:" أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[4]، " من استأجر أجيرا فليعطه أجره"[5]، فالأمر باعطاء الأجرة دليل على صحة الإجارة.

وأما إجماع الأمة فقد انعقد في كل عصر على صحة الإجارة.

تعريف الإجارة في القانون:

في مجال تعريف الإيجار توجد فكرتان مختلفتان:

الأولى: فكرة الشريعة الإسلامية وما يذهب مذهبها من القوانين الحديثة وهي تعرف عقد الإيجار بأنه : تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة[6].

فالإيجار هنا كالبيع من حيث أنه نقل حق من أحد المتعاقدين إلى الأخر وكل ما هنالك أن الحق الذي ينتقل هو حق منفعة وليس حق ملكية، فالتزامات المؤجر هنا كالتزامات البائع وأهمها تسليم محل العقد بالحالة التي هو عليها وقت تنفيذ العقد،

---

[1] سورة القصص الآية ٢٧

[2] سورة النساء الآية ٢٤

[3] سورة الكهف الآية ٧٧

[4] الحديث أخرجه البخاري انظر فتح الباري ٤/ ٤١٧ سنة الطبع ١٤٠١هـ ١٩٨١م دار النشر الكتب الإسلامية لاهور باكستان وأحمد ٢/ ١٥٨

[5] الحديث أخرجه البخاري انظر فتح الباري ٤/ ٤٤٩ وأحمد ٢/ ٢٩٣ -٣٥٨

[6] المادة ٥٧٧ من مرشد الحيران مصر ١٩٠٩.

وترك المتعاقد معه يستعمل الحق الذي انتقل إليه دون أن يكلف بتمكينه من استعمال ذلك الحق.

والثانـــية: فكرة التشريعات الغربية التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي وما ذهب مذهبه من القوانين، وحسب القانون الفرنسي (المادة ١٧٠٩٠) فإن عقد الإيجار هو: عقد يلتزم به أحد العاقدين بأن يجعل الآخر ينتفع بشئ مدة معينة بأجرة محددة يلتزم هذا الأخير بدفعها.

والفارق بين التعريفين فارق جوهري تترتب عليه فروق في الالتزامات التي يتحملها المؤجـــر، وهذا الفارق الجوهري هو أن التعريف الأول يجعل التزام المؤجر سلبيا ولا يجعـــل عـــلى عاتقه إلا أن يترك المستأجر ينتفع بالشئ المؤجر في حين أن الثاني يجعله يلتزم التزاما ايجابيا بتمكين المستأجر من الانتفاع.

والمؤجر لا يلتزم –حسب الفكرة الأولى– إلا بتسليم العين المؤجرة بالحالة التي هي عليها في الوقت المعين لابتداء انتفاع المستأجر بها، ولا يلتزم باجراء أي مرمة فيها أما بحسب الفكرة الثانية فإنه يلتزم بتسليم العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها ويلتزم بإجراء ما يلزم من اصلاحات في العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار فيما عدا الترميمات التأجرية.

وقد أخذ القانون المدني المصري بمذهب القانون الفرنسي فنص في المادة ٥٥٨ على أن عقـــد الإيجار هو "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم[١].

بـــناء عـــلى هذا فإن التعريف الأول يتفق مع الفقه الإسلامي كما أشار إلى ذلك المؤلف أيضا لأن تعريف الفقه والقانون يشيران إلى أن عقد الإيجار يفيد تمليك المنفعة بعـــوض، وأن على المؤجر أن يترك المستأجر ينتفع **بالشئ المؤجر**. ولهذا أخذ به القانون المدني المصري.

هذا وقد ورد في القانون عدة خصائص لعقد الإيجار وهي:

---

١ موسوعة القضاء والفقه ١٥ /٤

أ- أن عقد الإيجار عقد رضائي:لايتطلب فيه القانون شكلا معينا، فهو يتفق بمجرد تراضي طرفيه عليه أيا كانت الوسيلة التي يعبران بها عن إرادتهما فيمكن أن ينعقد كتابة، أو شفاها، أو بالإشارة الدالة.

ب- عقد الإيجار عقد ملزم للجانبين: إذ أنه ينشئ بمجرد انعقاده، التزامات في جانب كل من طرفيه وبذلك تعتبر التزامات كل طرف سببا لالتزامات الطرف الآخر ويوجد بين هذه الالتزامات ارتباط بحيث إذا بطل التزام أحد الطرفين أو انقضى بسبب ما بطل أيضا أو انقضى التزام الطرف الآخر.

ج- عقد الإيجار عقد معاوضة: فكل من الطرفين يأخذ مقابلا لما يلتزم به.

د- عقد الإيجار عقد يرد على المنفعة: فهو يخول المستأجر حقا شخصيا على منفعة الشيء المؤجر ولا يرتب له حقا عينيا في الشيء المؤجر، فإذا انقضت مدة الإيجار عادت المنفعة إلى المؤجر، فهو بذلك عقد مؤقت.

ه- عقد الإيجار من عقود المدة: لأن الانتفاع بالشيء يستلزم بقاءه في يد المستأجر مدة من الزمن فهو عقد مستمر.

و- عقد الإيجار عقد من عقود الإرادة وليس من عقود التصرف وهذا ناشئ من أنه لا يترتب إلا التزامات شخصية[1]

محل الإجارة:

محل الإجارة المنافع فلا ترد إلا على منفعة، والمنفعة نوعان:

١ -منفعة أشياء: وهي ما يكتسب من الأعيان كمنافع الدور والثياب والحيوان ونحو ذلك.

---

[1] موسوعة القضاء والفقه ١٥/ ٥- ٦

٢- منفعة أعمال: وهي ما يقوم به العمال من الأعمال التي تطلب منهم كالخياطة والصياغة والصناعة والتجارة والبناء والحمل ونحو ذلك.

ولما كان محلها المنافع كان الواجب فيها عند تمامها تسليم ذلك المحل إلى من تملك المنفعة استيفاء لحقه، غير أن المنافع لا يتصور فيها التسليم بذاتها لأنها أعراض، فقام مقام ذلك تسليم العين التي تطلب منها المنفعة وتمكين المنتفع من الانتفاع بها، واعتبر ذلك تسليما للمنفعة نفسها، وذلك واضح في إجارة الأشياء.

أما في إجارة العمال على الأعمال فإن تسليم العمل المطلوب يتم إما بقيام العامل الأجير بالعمل فعلا والتخلية بينه وبين المؤجر، وإما بتسليم نفسه إلى مستأجره واستعداده لأن يقوم به كما في الأجير الخاص "الواحد".

ولذا لو سلم نفسه إلى مستأجره مدة الإجارة كلها مستعدا للقيام بالعمل استحق الأجرة، وإن لم يعمل لأنه فعل ما يطلب منه وما يستطيع أن يقوم به وذلك محل اتفاق بين المذاهب.

وبناء على ما ذكر لم تجز إجارة الشجر والكرم لأخذ ثمره كما في استئجار البساتين لأخذ أثمارها لأن الثمر عين لا منفعة فلا ترد عليه الإجارة، وكذلك لم يجز استئجار شاة لأخذ لبنها أو أولادها أو صوفها ولا استئجارها لترضع جديا أو طفلا ولا استئجار الآجام والبرك لأخذ المراعي المملوكة لرعي ما فيها من الكلأ ولا استئجار الفحل للضراب وغير ذلك مما يراد من استئجاره تملك عين لا منفعتها، وإلى هذا ذهب الحنفية[1]، ومالك[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] كما ذهب إلى ذلك أيضا ابن حزم[5]، من

---

[1] البدائع ٥/ ١٧٥

[2] الشرح الكبير ٤/ ٢٠

[3] نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٦

[4] كشاف القناع ٢/ ٢٩٣

[5] هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم كنيته أبو محمد ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٣٨٤هـ فحفظ القرآن وتلقى العلوم على أكابر العلماء بقرطبة له مصنفات كثيرة منها: الأحكام في أصول الأحكام، والمحلى بالآثار في شرح المجلي بالانتصار وغيرها، توفي سنة ٤٥٦هـ .
(ابن خلكان ١/ ٤٢٨، ومعجم سركيس ص ٨٥)،

الظاهرية[1]، والزيدية[2].

وأما الشيعة الإمامية: فقد جاء في كتاب تحرير الأحكام لهم: " ولا يجوز استئجار شجر لأخذ ثمره" كما جاء فيه أيضا ما نصه " وفي جواز استئجار الغنم والإبل والبقر لأخذ لبنها أو لاسترضاعها أو لأخذ صوفها أو شعرها أو وبرها اشكال كما جاء فيه أيضا: ويجوز كراء بئر أو عين لأخذ الماء منها أما شراء الماء فلا يصح"[3].

والحكم الأول الخاص باستئجار الشجر لأخذ ثمره يدل على أن الشيعة الإمامية كغيرهم في أنهم لا يجوزون ورود عقد الإجارة على الأعيان ومن ثم كان في قولهم بجواز استئجار الغنم لأخذ لبنها وصوفها اشكال، وربما دل هذا على وجود خلاف في الفقه الشيعي في تجويز إجارة عين لأخذ ما تنتجه من ماء أو لبن ونحوه، ومن ثم جاز استئجار البئر لأخذ مائه نتيجة لهذا الخلاف وإن لم يشر صاحب الكتاب إلى الاستثناء وأن المذهب الشيعي يرى عدم الجواز إلا فيما نص على جوازه.

محل الإجارة في القانون:

لما كان عقد الإيجار عقدا ملزما للجانبين فإن كلا منهما يلتزم بالتزامات أهمها بالنسبة للمؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وأهمها بالنسبة للمستأجر دفع الأجرة، ولذلك فإن دراسة محل الإيجار تقتضي دراسة محل الالتزامين الرئيسيين وهما منفعة العين المؤجرة والأجرة.

منفعة العين المؤجرة:

يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشئ معين لمدة معينة فيقتضي لذلك أن توجد العين وأن يمكن المؤجرة المستأجر من الانتفاع وأن تكون المدة معينة،

---

[1] المحلى ٨/ ١٨٩.

[2] شرح الأزهار ٣/ ٢٤٩.

[3] تحرير الأحكام ١/ ٢٤٣

فالشيئ المؤجر يشترط فيه أن يكون موجودا أو ممكن الوجود وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون قابلا للتعامل فيه وأن يكون غير قابل للاستهلاك.

وإيجــار الشيئ المعدوم باطل ولكن إذا كان الشيئ معدوما وقت العقد ولكنه ممكــن الوجــود في المستقبل وقع الإيجار صحيحا ويكون العقد مضافا إلى أجل واقف إذا كان الشئ محقق الوجود كإيجار دار قبل تمام البناء، أو معلقا على شرط واقــف إذا كان الشئ محتمل الوجود كإيجار نتاج ماشية قبل مولدها والشرط هو وجود النتاج.

ويجب تعيين الشئ أو وصفه وصفا نافيا للجهالة ويكفي أن يكون قابلا للتعيين فإذا استأجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة معينة فللمؤجر أن يسلم المستأجر أي مركبة ما دامت من نفس الصنف وتصلح للغرض المقصود مــنها، وإذا لم يــتفق على درجة الشئ من الجودة التزم المؤجر بشئ من صنف متوسط.

والقصــد مــن قوله: أن يكون الشئ قابلا للتعامل فيه، أن لا يكون غير قابل للتعامل فيه بطبيعته إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع، والشئ لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان يصح أن يكون محلا للتعاقد للاستحالة كالشمس والهواء والبحر، وقد يكون غير قــابل للــتعامل بحسب الغرض المخصص له كالأملاك العامة فهذه لايجوز بيعها لتخصصها للمنفعة العامة ولذلك لا يجوز تأجيرها وانتفاع الأفراد ببعض الأماكن العامــة كالأسواق والطرق وشواطئ البحار وما يقام عليها من حمامات لا يكون بمقتضــى عقد إيجار مدني وإنما بمقتضى عقد إداري ترخص فيه الإدارة بالانتفاع مقــابل رســم وليس أجرة، وكذلك لا يجوز إيجار حق الاستعمال وحق السكن لاتصال كل منهما بشخص صاحبه، وأخيرا قد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه لعدم مشروعية ذلك لمخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب.

وقوله : عدم القابلية للاستهلاك: معناه أن المستأجر يلتزم برد الشي نفسه عند انـــتهاء الإيجار، وقد يحدث أن يكون الشئ المؤجر قابلا للاستهلاك ويشترط رده بعيـــنه عـــند انتهاء الإيجار كمن يستأجر أنواعا مختلفة من العملات لعرضها على الجمهور دون التصرف فيها[1].

والشئ الثاني هو مدة الإيجار: والمدة في عقد الإيجار هي التكملة الضرورية لمنفعة الشئ المؤجر فالإيجار عقد زمني تقاس فيه منفعة العين المؤجرة بمدة معينة من الزمن هي وحدها التي يمكن بها تحديد مدى انتفاع المستأجر بالعين.

ولا يـــتم الإيجار إلا بالاتفاق على المدة إذ هي ركن فيه، فإذا عرض المتعاقدان للمدة واختلفا في تحديدها كان الإيجار باطلا لانعدام أحد أركانه وإذا اتفقا على مدة معينة كان ما اتفقا عليه، أما إذا لم يعرضا للمدة أصلا أو اتفقا على أن يكون الإيجـــار لمـــدة غير معينة أو اتفقا على مدة معينة ولكن تعذر اثباتها تولى القانون تحديـــد هذه المدة ويستطيع المتعاقدان الاتفاق على أي مدة وإن قصرت أو طالت إلا أن المشـــرع –اســـتثناء- قد جعل حدا أدنى لمدة الإيجار في الأراضي الزراعية بمقتضـــى قـــانون الاصلاح الزراعي هي ثلاث سنوات، ونص هو وقانون إيجار الأمـــاكن عـــلى امتداد عقود الإيجار بعد انتهاء مدتها[2] وسوف نتكلم عن المدة الطويلة عند البحث عن حكم الإجارة الطويلة.

المقارنة:

اتفـــق القـــانون مع الفقه في محل الإيجار حيث أن كلا منهما يشترطان التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشئ معين لمدة معينة لأن محل الإيجار المنافع ولا يتصـــور فـــيها التسليم بذاتها لأنها أعراض، فقام مقام ذلك تسليم العين التي

---

١ موسوعة القضاء والفقه ١٥/ ٢١ –٢٢.

٢ المصدر نفسه ١٥/ ٢٢- ٢٣

تطلب منها المنفعة وتمكين المنتفع من الانتفاع بها، واعتبر ذلك تسليما للمنفعة نفسها، كما يؤكد الفقه والقانون أن يكون الشئ المؤجر موجود أو ممكن الوجود وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون قابلا للتعامل فيه وأن يكون غير قابل للاستهلاك، ولذا لا يجوز الفقه والقانون إيجار الشمس والهواء والبحر والأشياء التي خصصت لغرض معين كالأملاك العامة والأشياء التي تستهلك كاستئجار الشاة لأخذ صوفها أو ولدها أو غيرذلك، فإذن لم يختلف القانون عن الفقه في هذه المسألة فهما يسيران على نمط واحد.

الإجارة من حيث اللزوم وعدمه:

الأصل في عقد الإجارة عند الجمهور اللزوم، فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد إلا لمقتض تنفسخ به العقود اللازمة، من ظهور العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة[1]، واستدلوا بقوله تعالى: " أوفوا بالعقود"[2].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للمكتري فسخ الإجارة للعذر الطارئ على المستاجر مثل أن يستأجر دكانا يتجر فيه، فيحترق متاعه أويسرق، لأن طروء هذا وأمثاله، يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها، وذلك قياسا على هلاك العين المستأجرة[3]، وحكى ابن رشد[4]، أنه عقد جائز.

---

[1] انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٥، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢

[2] سور المائدة الآية١

[3] انظر المغني ٦/ ٢٠ -٢١، وبداية المجتهد ٢/ ٢٥١، والفتاوى الهندية ٤/ ٤١٠.

[4] هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد فقيه مالكي، فيلسوف طبيب من أهل الأندلس من أهل قرطبة عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية وزاد عليه زيادات كثيرة، اقمم بالزندقة والإلحاد فنفى إلى مراكش وأحرقت بعض كتبه، ومات بمراكش سنة ٥٩٥هـ ودفن بقرطبة، ومن تصانيفه : فصل المقال في ما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، وتهافت التهافت في الفلسفة، والكليات في الطب، وبدية المجتهد في الفقه، رسالة في حركة الفلك.
(الأعلام ٦/ ٢١٣، وشذرات ٤/ ٣٢٠، والتكملة لابن الآبار ١/ ٢٩٩.

الإجارة الطويلة :

إلى جانب الإيجار الموقت توجد إجارة طويلة المدة يعرفها كثير من التشريعات، وكان بعضها عند نشأته التاريخية إيجارا دائميا، والإيجار الدائمي أو طويل المدة يسد حاجة اقتصادية وحاجة اجتماعية، أما الحاجة الاقتصادية فهي تعمير الأراضي والمباني الخربة التي لا يستطيع الملاك تصليحها، فيؤجرونها إلى من يستطيع ذلك، ويميل المستأجر في الغالب إلى أن يكون الإيجار دائميا أو لمدة طويلة حتى يطمئن إلى أن الأموال التي سينفقها في التصليح والتعمير ستثمر ولو بعد زمن طويل ثمرة يساهم في جنيها، والحاجة الاجتماعية هي رغبة طبقة الملاك أن يبقوا ملاكا، مع جعل حق الملكية يتجزأ بينهم وبين من هم أكثر صلاحية منهم لاستغلالها[1] .

وقد عرفت كثير من البلاد الإسلامية، ولا تزال تعرف حتى اليوم، ضروبا من هذه الإجارات الدائمية أو طويلة المدة، كما عرفت ذلك ولا تزال تعرفه البلاد الغربية.

فالفقه الإسلامي قد عرف الإجارة الطويلة منذ زمن بعيد وهي التي يتعلق بها حق الاستقرار والإجارة الطويلة اصطلاح عند الحنفية وغيرهم ويقصد بها استئجار الأرض لمدة طويلة للبناء، أو الغراس، أو غيرهما مثل أن تكون للزرع بل ويجوز لسائر أنواع استعمالات الأرض، وتكون في غير الأرض أيضا كالمساكن والآلات وغيرها.

وقد ورد في الفتاوى الهندية ما نصه: " الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس ببخارى أنهم يؤجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعل لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجرا قليلا وبقية الأجر للسنة الأخيرة"[2]

وأما صاحب الفتاوى الخانية فقسمها إلى نوعين وإن كان تعريفه لهذه الإجارة قريب من صاحب الفتاوى الهندية حيث قال: " هذه إجارة استخرجها الشيخ الإمام

---

[1] عقد الإيجار ص: ١٩٨.

[2] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣.

الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى وقبلها بعض أهل زمانه وردها البعض وهي **على وجهين:**

أحدهما: أنه إذا أراد أن يؤاجر الكرم إجارة طويلة أو الأرض وفيها زرع يبيع الأشجار والزرع بأصولها من الذي يريد الاستئجار بثمن معلوم ويسلم إليه ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة ثلاث سنين أو أكثر غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة أو كل ستة أشهر بمال معلوم على أن يكون أجر كل سنة من السنين الأولى غير الأيام المستثناة منها من تلك الأجرة كذا وبقية مال الإجارة يكون بمقابلة السنة الأخيرة وأن يكون لكل واحد منهما ولاية فسخ الإجارة في أيام الخيار.

الوجه الثاني لهذه الإجارة أن يدفع الأشجار أو الزرع الذي في الأرض معاملة إلى الذي يريد الإجارة على أن يكون الخارج بينهما على مائة سهم سهم منها للدافع والباقي للعامل ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج فيما أحب ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة على نحو ما قلنا من غير أن يكون أحد العقدين شرطا في الآخر ولكن مشايخ بلخ وبعض مشايخ بخارا أنكروا الوجه الأول وقالوا بيع الأشجار وبيع الزرع ليس ببيع رغبة بل هو في معنى التلجئة ولهذا لا يكون للمستأجر أن يقطع الأشجار وعند فسخ الإجارة ينفسخ البيع من غير فسخ وبيع التلجئة لا يزيل المبيع من ملك البائع وإن اتصل به القبض وبقاء الأشجار والزرع على ملك البائع يمنع الإجارة في الأرض، وبعضهم جوزا طريق البيع أيضا وقالوا ليس هذا بيع التلجئة بل هو بيع رغبة، لأنهما لما قصدا تصحيح الإجارة ولا صحة للإجارة مع بيع التلجئة فقد قصدا بيع الرغبة ويجوز أن تكون الأشجار مملوكة للمشتري ولا يملك قطعها لتعلق جق الغير بها كالراهن لا يملك قطع أشجار الرهن وإن كان يملكها لتعلق حق الغير، وقال

بعضهم إن باع الأشجار والزرع بثمن المثل أو أكثر يكون رغبة وإلا فلا وهذا ليس بصحيح أيضا فإن الإنسان قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس ا لحاجة"[١].

هـــذا وقـــد عرفت القوانين المدنية أيضا الإجارة الطويلة فقد عرّف التقنين المدني السـوري حق السطحية (المادة ٩٩١ –٩٩٧ مدني سوري) وحق الإجارتين (المادة ١٠٠٤ –١٠١٦مـدني سوري) وحق المقاطعة أو الإجارة الطويلة (المادة ١٠١٧ – ١٠٢٧ مـدني سوري) فحق السطحية هو حق المالك في أبنية أو منشآت أو أغراس قائمة على أرض هي لشخص آخر، ويسقط هذا الحق بهدم الأبنية أو المنشآت أو نزع الأغراس القائمة على الأرض، وقد نصت المادة ٩٩٧ من التقنين المدني السوري على أن " يظل ممنوعا إنشاء حق سطحية جديد، وعقد الإجارة الطويلة" عقد يكتسب به صاحبه، مقابل معين، حق إحداث ما شاء من الأبنية وغرس ما شاء من الأغراس في عقـار موقـوف" ولا يكـون عقد الإجارة الطويلة إلا بالمقاطعة، أي ببدل سنوي مقطوع، ويكون هذا البدل مبلغا معينا من المال معادلا لقيمة الحق المتفرغ عنه مضافا إلى ذلك المبلغ مرتب دائم بمعدل اثنان ونصف بالألف من قيمة العقار كما هي محددة في الـتخمين المتخذ أساسا لجباية الضريبة للعقار، وصاحب حق المقاطعة مالك لكل الأبنية المشيدة ولكل الأغراس المغروسة في العقار الموقوف، ويجوز له أيضا أن يشتري الملكية المجردة للأرض ذاتها في أي وقت مقابل بدل معادل لقيمة ثلاثين قسطا سنويا. وإذا لم يبق في الأرض أي أثر للأبنية أو للأغراس، سقط عن صاحب المقاطعة حقه إذا لم يجدد هذه الأبنية أو الأغراس بعد إنذار موجه إليه من متولي الوقف.

ويعرف التقنين المدني العراقي حق المساطحة (المادة ١٢٦٦- ١٢٧٠ مدني عراقي) وهـو حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض

---

[١] فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٢/ ٣٠٣ –٣٠٤.

الغـــير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والـــتزاماته، ولا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة على خمسين سنة، ويملك المساطح ملكـــا خالصا ما أحدث على الأرض من بناء أو منشآت أخرى، وله أن يتصرف فيه مقترنا بحق المساطحة، وتنتقل ملكية البناء والمنشآت الأخرى عند انتهاء حق المساطحة إلى صـــاحب الأرض، عـــلى أن يدفع للمساطح قيمتها مستحقة للهدم، ما لم يوجد شرط يقضي بغير ذلك.

المطلب الثاني

منشأ الإجارة الطويلة وأحكامها

يبدو أن البلاد الإسلامية قد عرفت الإجارة ا لطويلة بسبب قيام نظام الوقف فيها، فالأعيان الموقوفة، وهي خارجة عن التداول، تنتهي عادة إلى أن تكون أراضي بوراً أو مباني مخربة، دون أن يستطيع الوقف أن يصلحها، ولما كانت القيود على إيجار الوقف كثيرة، ولا يمكن إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بإذن القاضي، وقلّ أن يوجد مستأجر يقبل هذه القيود ويغامر بالكثير من النفقات لإصلاح العين ثم يخرج منها دون طائل، ولما كان يندر أن يكون للوقف مال يصلح به أعيانه المخربة، ولا يستطيع أن يبيعها إلا عن طريق الاستبدال، ولا يجد مشتريا إلا بأقل الأثمان، وتنقطع بذلك صلة الوقف بالعين نهائيا، ومن أجل ذلك نشأت فكرة إيجار العين الموقوفة المخربة إيجارا دائميا أو لمدة طويلة فيأخذ الوقف أجرة زهيدة، حتى لا تنقطع صلته بالعين، من شخص يقوم على إصلاح العين ثم استغلالها بعد ذلك فيسترد ما دفع من نفقات كبيرة على المدى الطويل، وقد قامت على هذه الفكرة الأساسية عقود مختلفة[1]

والإجارة الطويلة قد تكون في الأملاك الخاصة وقد تكون في الوقف

الإجارة الطويلة في الأملاك الخاصة:

الأصل في الإجارة الطويلة في الأملاك أنها جائزة، لأن المالك يصنع في ملكه ما يشاء، ونقل الحنفية التصريح بذلك عن محمد بن الحسن.

فقد ورد في الفتاوى الهندية ما نصه: " واختلفوا في جواز الإجارة الطويلة قيل: لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنها إجارة واحدة شرط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام وهذا يفسد الإجارة، وقيل تجوز عندهم جميعا وهو الصحيح، لأن هذا ليس

---

[1] انظر الوسيط ٦/ ١٤٣٦

بشـــرط الخيار في الإجارة بل هو استثناء ثلاثة أيام في آخر كل سنة من الإجارة على أن هذه الأيام لم تدخل في الإجارة و لم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام المستثناة"[1].

واختلف أئمة الحنفية القائلين بجوازها هل هي عقد واحد أو عقود متعددة، فيرى بعضهم أنها عقد واحد وقال الأخرون أنها عقود متعددة، وذلك لأنها لو جعلت عقدا واحـــدا وفيها شرط الخيار على ثلاثة أيام في كل سنة أو في كل ستة أشهر تزيد مدة الخـــيار على ثلاثة أيام في عقد واحد وذلك فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقـــد ورد في الفـــتاوى الهندية ما نصه: " ثم اختلف المشايخ الذين قالوا بجواز هذه الإجارة أنها تعتبر عقدا واحدا أو عقودا مختلفة بعضهم قالوا تعتبر عقودا حتى لا تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد فيفسد العقد الأول يكون مضافا وفي الإجارة المضـــافة لا تملـــك الأجـــرة بالتعجيل ولا بالشرط والغرض من هذه الإجارة تملك الأجرة"[2].

وقـــد ورد مثله في الفتاوى قاضيخان ونصه: " ومن جوز الإجارة الطويلة اختلفوا أنهـــا عقـــد واحد أو عقود متعددة قال بعضهم عقود متعددة، لأنها لو جعلت عقدا واحدا وفيها شرط الخيار ثلاثة أيام في كل سنة أو في كل ستة أشهر تزيد مدة الخيار عـــلى ثلاثـــة أيام في عقد واحد وذلك فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال بعضهم هي عقد واحد، لأنها لو جعلت عقودا متعددة كانت الإجارة في ا لسنة الثانية والثالـــثة مضـــافة إلى وقـــت في المستقبل وفي الإجارة المضافة الآجر لا يملك الأجر بالتعجيل ولا باشتراط التعجيل"[3].

وقـــال ابـــن نجيم: " إذا أجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضا بمال اليتيم إجارة طويلـــة رسمـــية ثلاث سنين لا يجوز ذلك، وكذلك أبو الصغير ومتولي الوقف، لأن

---

[1] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣.

[2] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣

[3] فتاوى قاضيخان بهامش الهندية ٢/ ٣٠٤.

الرســـم في الإجارة الطويلة أن يجعل شئ يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الأول ومعظم المال بقابلة السنة الأخيرة، فإن كانت الإجارة لأرض اليتيم أو الوقف لا تصح الإجارة في السنين الأول، لأنها تكون بأقل من أجر المثل فلا تصح، فإن استأجر أرضا لليتيم أو الوقف بمال الوقف ففي السنة الأخيرة يكون الاستئجار بأكثر من أجر المثل فلا تصح، فإذا فسدت الإجارة في البعض في الوجهين هل يصح فيما كان خيرا لليتيم والوقـــف على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقدا واحدا لا يصح، وعلى قول من يجعـــلها عقودا يصح فيما كان خيرا لليتيم، ولا يصح فيما كان شرا له، والظاهر هو الفساد في الكل"[1]

وثمـــرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا آجر أرض اليتيم ثلاث سنين وكانت الأجرة في الســـنة الأولى والثانـــية أقـــل من أجر مثلها وفي الأخيرة بأكثر من أجر المثل فتفسد الإجـــارة في الأول في السنتين الأوليين وفي الثاني في السنة الثالثة ويتعدّى الفساد إلى غيرها على قول من يجعلها عقدا واحدا وعلى قول من يجعلها عقودا لا يتعدى.

وقـــد ورد في فتاوى قاضيخان ما نصه: " وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا آجر دار اليتـــيم ثـــلاث سنين كانت الأجرة في السنة الأولى والثانية أقل من أجر مثلها وفي الاستئجار لليتيم كانت الأجرة في السنة الثالثة أكثر من أجر مثلها فتفسد الإجارة في السنة الثالثة ثم هل يتعدى الفساد إلى غيرها على قول من يجعلها عقدا واحدا يتعدى وعـــلى قول من يجعلها عقودا لا يتعدّى فيجعل عقودا متعددة يبقى في قولهم أنها لو جعلـــت عقودا متعددة لا يملك الأجر بالتعجيل في السنين المستقبلة، لكن يجاب عن هـــذا أن ملـــك الآجر عند التعجيل فيه روايتان فيؤخذ بالرواية التي تثبت الملك في الإجارة المضافة لمكان الحاجة.

---

[1] انظر البحر الرائق ٧/ ٢٩٩ الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

فإن قيل: لا وجه لجواز هذا العقد بحال مّا فإنا لو جعلناه عقدا واحدا يلزمنا ثبوت الخيار في العقد الواحد أكثر من ثلاثة أيام ولو جعلناها عقودا متعدّدة يصير شارطا في كل عقد ثلاثة أيام من آخره وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى من اشترى شيئا على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر يكون له الخيار من أول الشهر إلى آخره.

قلنا لا نثبت الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة بل نجعل ثلاثة أيام من آخر كل سنة مستثناة من العقد يكتب غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة حتى لو كتب في الصك على أن لكل واحد منهما الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة كان فاسدا"[1].

وقال الصدر الإمام الأجل الشهيد: " الصحيح عندي أنها تعتبر عقودا في حق سائر الأحكام وعقدا واحدا في حق ملك الأجرة بالتعجيل أو باشتراط التعجيل والحيلة لجواز استئجار الدار إذا كانت لصغير أن يجعل مال الإجارة بتمامه للسنة الأخيرة ويجعل بمقابلة السنين المتقدمة ما هو أجر مثله أو أكثر ثم يبرئ والد الصغير المستأجر عن أجر السنين المتقدمة ويصح إجراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله وإن أراد أن يصير مجمعا عليه يلحق به حكم الحاكم فيما إذا استأجر الأب للصغير عقارا أو ضياعا أن يقال إذا كان مال الإجارة ألف درهم مثلا وأجر هذه الدار لكل سنة مائة يجعل بمقابلة عشرين سنة من أوائل هذه السنين شئ قليل ويجعل بمقابلة العشر سنين المتأخرة ألف إلا شيئا قليلا فيجوز ويحصل المقصود"[2].

وكذلك نص فقهاء الشافعية على جواز الإجارة الطويلة بل قد بينوا بأنها تجوز لمدة مائة عام فقد ورد في الفتاوى الكبرى ما نصه : " سئل في مسألة الإجارة المدرجة التي صورتها أجرتك مائة سنة بمائة محلق[3] كل سنة بمحلق عقودا مختلفة، يتلو بعضها بعضا هل تصح هذه الإجارة أم لا؟

---

[1] فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٢/ ٣٠٤ –٣٠٥؟

[2] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣ –٥١٤

[3] **المحلق يطلق على الإبل كما يطلق على الدروع أيضا ولعل المراد هنا الدروع والله أعلم لسان العرب ١٠/ ٦٥**

فأجاب: إجارة الأرض المملوكة مائة سنة صحيحة[1]

ما الحكم إذا فسخ أحد العاقدين الإجارة الطويلة في أيام الخيار:

إذا فسخ أحد العاقدين الإجارة الطويلة في أيام الخيار بغير محضر من صاحبه، فقد ذكر الحاكم السمرقندي[2] أنه يجوز، ولكن السمرقندي لم يذكر فيه خلافا، وفي البيع بشرط الخيار إذا فسخ البيع من له الخيار بغير محضر من صاحبه لا يصح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فكأنه مال إلى أن أيام الخيار غير داخلة في العقد فكانت الإجارة في السنة الثانية والثالثة مضافة إلى وقت في المستقبل فإنما يصح فسخ من له الخيار بغير محضر من صاحبه، لأنه فسخ للعقد المضاف أو لأنه في الإجارة أخذ بقول أبي يوسف رحمه الله[3].

كما تجوز الإجارة الطويلة في العقار والضياع تجوز كذلك في الدواب والمماليك وكل شئ ينتفع به مع بقاء عينه[4].

موقف القانون من الإجارة الطويلة

هذا وكما تجوز الإجارة الطويلة عند الفقهاء على أصح الروايات في المذهب الحنفي كذلك تجوز في القانون أيضا فقد ورد في القانون المدني الباكستاني مايدل على

---

[1] الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيثمي ٤/ ١٤٤ مطبعة دار صادر

[2] هو إسحاق بن محمد بن إسماعيل أبو القاسم الحكيم السمرقندي أخذ الفقه والكلام عن أبي منصور محمد الماتريدي ولقب بالحكيم لكثرة حكمته وموعظته وصحب أبا بكر الوراق ومشايخ بلخ في زمانه تولى قضاء سمرقند أياما طويلة وكانت سيرته محمودة قد انتشر ذكره في الشرق والغرب توفي في المحرم يوم عاشورا سنة اثنتين وأربعين وثلاثمائة.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية)

[3] انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٣٠٥.

[4] المصدر نفسه ٤/ ٣٠٥

جوازهافقد ورد[1]: " يجوز أجرة الأرض والعقار لمدة طويلة والمدة الطويلة في القانون تســعا وتســعين عاما، وكذلك يجوز في المدن إجارة العقارات كالبيوت، والفنادق وغــير ذلك لمدة طويلة تبلغ تسعا وتسعين عاما، ويدفع الأجرة إلى صاحب الأرض والعقار وتثبت حق الملكية لصاحب الأرض وورثته".

وكذلك ورد في القانون الباكستاني ما يدل على نفس المعنى الموجود في النص السابق [2]

وورد في القانون أيضا بأن الأصل في الإجارة أن تكون لشهر أي يتجدد كل شهر إلا أن القــانون يبيح عقد الإيجار لمدة طويلة، بل ويجوز إلى الأبد ولكن القانون مع

---

[1] ونص القانون: " Ground lease. A lease of vacant land, or land exclusive of any buildings on it, or unimproved real property. Usually a net lease.
Ground rent. Rent paid to owner of land for use of property, normally to construct building on such Generally, rent is paid for a long-term leas (e.g.٩٩ year lease) with lessor retaining title to land. Such long-term lease is commonly renewable. Office buildings, hotels, and similar large structures in cities are commonly. Built on land under such types of ground leases.
A perpetual rent reserved to himself and his heirs, by the grantor of land in fee-simple, out of the land conveyed. It is in the nature of an emphyteutic rent. Also in English law. rent paid on a building lease'.
Black law Dictionary ٥th edition phage ٦٢٣

[2] نص القانون " Ground-rent, rent reserved on a lease by a bessor, usually for a long term of years, to a lessee who may use or dispose of the land by sale or lease at its value during the term subject to the ground rent, it generally rent payable for land let on a building lease on which takes the form of the lessee crects buildings,which at the termination of the lease become, together with the land, the property of the lessor (Bartlett v. salmon ١٨٥٦ ٦ De G.M.& G.٣٣) see LEASEHOLDA.
Jowitt,s pictionary of English law by John Burke phage ٨٧٥

ذلك يعطي لكل من المتعاقدين فسخ عقد الإيجار في أي وقت شاء، لأن عقد الإيجار من العقود الجائزة[1] .

---

[1] ونص القانون:

(Lease or term of years
A lease or term of years is an ownership which is limited in point of time, such that its maximum duration is fixed at or before the commencement of the term. The maximum duration must be fixed in the sense that the ultimate date of expiry can be predicted right from the start. It is not possible to grant a lease for as long as the tenant wishes to reside in the property, or for the duration of the war. Nor can a lease be granted for ever. But if the maximum duration is fixed, then it matters not whether not whether the term is short or long- a matter of days or thousands of years. And it is only the maximum duration which need be fixed. The lease can be made prematurely terminable, for example, by the giving notice or upon the happening of some event during the term.
There are some complications. One is the periodic tenancy. Weekly, monthly, yearly or other periodic tenancies are extremely common. On the face of it, the periodic tenancy does not appear to conform to the requirement that the maximum duration must be certain. It is impossible to say at the start of a monthly tenancy exactly how many months the tenant will stay. In law, however, the maximum duration is deemed certain. The monthly tenant is treated as taking his tenancy initially for one month only. At the end of that month, his tenancy is deemed renewed for another month, and at the end of that month, for another month, and then another, and then another. And so the arrangement continues until either side gives due notice to terminate it. In effect, notice to quit is, in this context, interpreted as notice that next implied renewal will be the final renewal. Thus, the maximum duration of a monthly tenancy is always predictable. Prospectively, the tenancy will terminate at the end of the next following month of the tenancy.
There are other minor complications in connection with leases for lives, leases until marriage, and perpetually renewable leases, but an explanation of those will be deferred until Chapter ١١.
It is, however true say that if a lease is to be a legal estate, then it must be a term of years absolute as defined {see below} and that means that the maximum duration must be certain. A lease may also be created in Equity. One instance is the informal lease. It is a principle of Equity that Equity regards as done that which ought to be done. In consequence, where two parties have entered {or are deemed to have entered} a contract for a lease, then Equity may treat them as if the lease had already been granted {see further Chapter ١١} Equitable leases are also sometimes used for technical conveyancing purposes, especially within elaborate family settlements.)
LANS LAW phage ٤١- ٤٢

وأما القانون المدني المصري فقد صرح بوجوب التوقيت في الإيجار، ولكنه لم يعين حـــدا أقصى للمدة، وبذلك يترك للمتعاقدين حرية تحديدها، فلهما أن يتفقا على أن يكـــون الإيجار مثلا لمدة عشر سنوات، أو عشرين، أو مائة، أو مدة حياة المستأجر[1]، والمهم أن يكون الإيجار موقتا لا دائميا[2]

تبين من هذا أن القانون المدني المصري لم يضع حدا أقصى لمدة الإيجار، ولكن تأبيد الإيجار غير جائز، وليس المقصود بالتأبيد الاستمرار اللانهائي وإنما المقصود ألا تكون مـــدة الإيجار طويلة جدا، وتقدير المدة التي تعتبر حدا أقصى متروك للقاضي حسب الظـــروف، فقـــد يرى أن تحديد المدة بثلاثين سنة يجاوز حد التوقيت وقد يرى أن تحديدها بخمسين سنة لا يجاوز هذا الحد.

إلا أن القانون المدني المصري إذ ينص في المادة ٩٩٩على ألا تزيد مدة الإجارةعلى ســتين سنة فيمكن القول أن هذه المدة ذاتها تعتبر من باب أولىالحد الأقصى لما يجوز للقاضـــي أن يعتبره توقيتا لعقد الإيجار، أي أن سلطة القاضي في تقدير توقيت الإيجار تنتهي عند مدة ستين سنة فإذا تجاوزتها تعين علىالقاضي اعتبار الإيجار مؤبدا وإذا لم تتجاوزها

---

[1] قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٨٨٤ (مج ط ر ٩ ص ٩٩) بأن العقد الذي يشترط فيه بأن العقد الذي يشترط فيه بأن الإيجار يكون نافذا ما دام المستأجر يدفع بالانتظام قيمة الإيجار لا يمكن أن يعتبر بصفة عقد لم تبين فيه المدة بل يجب أن يبقى نافذا مادام المستأجر حيا ويدفع قيمة الإيجار (جرانمولان في العقود فقرة ٣١٣- فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٧١ —ص ٢٧٢) ومما يؤيد هذا الرأي ما قضت به محكمة استئناف باريس في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٤(محاماة ٤ ص ٨٨٧) من أنه إذا تعهد المالك كتابة للمستأجر منه أن يبقيه في العين المؤجرة إلى المدة التي يشاؤها كان للمستأجر الحق في البقاء في العين المؤجرة إلى مدة لا تنتهي إلا بمشيئته أو بموته ولا يجوز للمالك إخراجه من العين المؤجرة قسرا".

ومع ذلك فقد صدر حكم من محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ مج ط ٣ ص ٤٠٤ يقضي بأن عقد الإيجار الذي لم تحدد له مدة معينة بل نص فيه على أنه يبقى ساريا ما دام المستأجر قائما يدفع الأجرة يعتبر منعقدا لمدة سنة أو ستة أشهر الخ بحسب مواعيد دفع الأجرة وينقضي الإيجار بانقضاء هذه المدة إذا حصل تنبيه بالاخلاء في الميعاد القانوني. (انظر عقد الإيجار للدكتور السنهوري ص ١٩٤).

[2] عقد الإيجار للدكتور السنهوري ص ١٩٣- ١٩٤.

كانت له سلطة التقدير بحسب ظروف التعاقد، فإذا تجاوزت مدة الإيجار ستين سنة لا يبطل الإيجار كله وإنما يقع البطلان فيما يجاوز حد التوقيت فتنقص المدة إلى ستين سنة أو إلى المدة التي يراها القاضي حسب ظروف العقد.

فـــإذا اتفـــق الطرفان على مدة الإيجار فإن هذه المدة قد تكون معينة أي لها نهاية معلومة- لا تجاوز ستين سنة كما تقدم- تنتهي بنهايتها، وقد تكون لمدة حياة المؤجر أو المستأجر فهذه مدة معينة وإن كانت نهايتها غير معلومة سلفا.

وإذا لم يتفق على تعيين مدة ما في العقد أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة واعتبر القانون أن هذه المدة التي تدفع عنها الأجرة قابلة للامتداد لمدد أخرى مساوية لها إذا لم يبد أحد الطرفين ما يدل على عدم رغبته في الامتداد بعد حد معين ومع منح المتعاقد الآخر مهلة مناسبة يتدبر فيها أمره وهي مواعيد نص عليها في المادة ٥٦٣ مدني[١].

فهذه النصوص تدل على جواز الإجارة الطويلة إلا أنها توجب أن تكون المدة معينة ولا تزيد على ستين سنة.

---

١ موسوعة القضاء والفقه ١٥/ ٢٣.

المقارنة:

يــتفق القانون مع الفقه في جواز الإجارة الطويلة حيث أن كلا من الفقه والقانون قــد صــرحا بجواز هذه الإجارة فقد ورد في الفقه الحنفي بأن الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس ببخارى حيث أنهم يؤجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من أخر كل سنة ويجعل لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجرا قليلا وبقية الأجر للسنة الأخيرة، واختلفوا في جوازها قيل لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها إجارة واحدة شرط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام وهذا يفسد الإجارة، وقيل تجوز عندهم جميعا وهو الصحيح، لأن هذا ليس بشرط الخيار في الإجارة بل هو استثناء ثلاثة أيام في آخر كل سنة من الإجارة على أن هذه الأيام لم تدخل في الإجارة و لم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام المستثناة، ولأن المالك يصنع في ملكه ما يشاء، وقد نص فقهاء الشــافعية كذلك على جوازها حيث ورد في الفتاوى الكبرى جواز الإجارة الطويلة لمدة مائة سنة، فهم قد صرحوا بجوازها إلى مائة سنة.

والقــانون الباكستاني أيضا يجيز ذلك وقد بين بأنه متى يدفع المستأجر الأجرة إلى مالك الأرض والعقار فإنه يجوز له أن يؤجر ملكه لمدة طويلة وقد حدد القانون تلك المــدة بـــ ٩٩عـــام ويبقى ملكية الأرض والعقار للمالك وأن هذا الحق ينتقل إلى ورثـــته،والقانون المدني المصري وإن كان يوجب التأقيت إلا أنه يجيز لمدة ستين سنة وإن دعت الضرورة إلى أكثر من ذلك فإن القاضي يستطيع حسب المصلحة أن يزيد في المــدة أي له أن يحكم بأكثر من ستين سنة،وقد صرح فقهاء الحنفية بأن الإجارة الطويلــة كما تجوز الأراضي والعقارات تجوز كذلك في الدواب والمماليك وغيرها، والقانون أيضا يجيز ذلك كما هو الآن من إجارة الطائرات والسيارات والسفن وغير ذلــك فقــد يجــوز إجارة تلك الأشياء لمدة طويلة، إذا ليس هناك خلاف بين الفقه والقــانون في جواز الإجارة الطويلة غير أن الفقهاء بعضهم قيدوا بثلاث وثلاثين سنة وبعضــهم بمائة وبعضهم أطلق ذلك والقانون قيد ذلك بتسع وتسعين سنة ولكن كل

مـــن الفقه والقانون ينظر إلى المصلحة العامة والنفع الاقتصادي كما قال ابن نجيم: " ولا تزاد في الأوقاف على ثلاث سنين كيلايدعي المستأجر ملكها، قال في الهداية وهو المختار أطلقه فشمل الضياع وغيره، وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث ســنين في الضياع وعلى سنة في غيرها إلا إذا كانت المصلحة في غيره قال في المحيط وهو المختار للفتوى"[١] فما دام يترتب عليها المصلحة العامة والنفع الاقتصادي فلا مانع من جوازها لأكثر من هذه المدة. والله أعلم.

حكم إجارة المشاهرة من الآجر بعد القبض:

وممـــا يـــتعلق بالإجارة الطويلة أن المستأجر إجارة طويلة إذا آجر من الآجر بعد القبض إجارة مشاهرة لا تصح الإجارة الثانية وما يأخذ من الأجر يكون محسوبا من مال الإجارة إذا كانت من جنسه.

وإذا استأجر رجل كرما إجارة طويلة ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى الآجر معاملة إن كانـــت الإجارة الطويلة بطريق بيع الأشجار جازت المعاملة وإن كانت الإجارة الطويلة بطريق دفع الأشجار والكرم إلى المستأجر معاملة ثم دفعها المستأجر معاملة إلى الآجر لا يجوز[٢].

وإذا دفع رجل أرضه مزارعة على أن يكون البذر من العامل ثم إن صاحب الأرض آجر الأرض إجارة طويلة من غيره بغير رضا المزارع لا يجوز، لأن في المزارعة إذا كان البذر من العامل كان العامل مستأجر ا للأرض فيصير كأنه آجر ثم آجر من غيره فلا تجـــوز الثانية وإن رضي العامل وهو المزارع بذلك انفسخت الإجارة وتنفذ الإجارة الطويلـــة بخـــلاف مـــا إذا آجر ثم آجر غيره فرضي به الأول حيث تنفذ الثانية على

---

١ انظر البحر الرائق ٧/ ٢٩٩.

٢ فتاوى قاضيخان بهامش فتاوى الهندية ٢/ ٣٠٥.

المستأجر الأول إذا كان بعد قبض الأول وهنا لا تنفذ الإجارة على المزارع، لأن في المزارعة مع الإجارة يختلف المقصود فلا تنفذ الثانية على الأول[1].

النوع الثاني:

الإجارة الطويلة في الأوقاف:

اختلف الفقهاء في الإجارة الطويلة في الأوقاف على النحو التالي:

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم جوازها فيما زاد على ثلاث سنين عند الحنفية وأربع عند المالكية في الجملة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى جوازها، وتفصيل المسألة كالأتي:

ذهب الحنفية إلى أنه إن كان الواقف شرط أن يؤجر أكثر من سنة يجوز شرطه لا محالة، وإن كان شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه لا محالة.

وإن كان لم يشترط شيئا فالمنقول عن مشايخ الحنفية أنه لا تجوز أكثر من سنة واحدة، وقال الفقيه أبو جعفر: أنا أجوّز في ثلاث سنين ولا أجوّز فيما زاد على ذلك، والصدر الشهيد حسام الدين كان يقول: في الضياع (أي الأراضي الزراعية) نفتي بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع نفتي بعدم الجواز فيما زاد عن سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والموضع. قال صاحب الدر المختار: " فلو آجرها المتولي أكثر من ذلك لم تصح الإجارة وتفسخ"[2].

وقال ابن نجيم: " وأما في الإجارة في الأوقاف فهي من المسائل المشهورة ومن جملة من نص عليها صاحب جواهر الفتاوى قال في الباب الأول من كتاب الإجارة رجل

---

1 الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٤.

2 انظر الدر المختار ٥/٥، وتكملة البحر الرائق ٨/ ١٢، والفتاوى الهندية ٤/ ٥١٤، والإسعاف ص ٦٤، ومرشد الحيران المادة ٥٧٤ –٥٧٦.

آجــر ضيعة ثلاثين سنة وكتب في الصك أنه آجر ثلاثين عقدا كل عقد عقب الآخر والضــيعة وقــف فإنه لا تصح الإجارة هكذا ذكره وهو الصحيح وذكر في النوازل اختلاف المشايخ وقول الهندواني[1] واختار الفقيه أبو الليث أنه لا تصح الإجارة لصيانة الأوقاف وعليه الفتوى، يعني من دعوى الملك فيها خصوصا في هذا الزمان الفاسد، وذكر في الباب السادس عن القاضي الإمام ملك الملوك أبي الحسين الناصحي[2] لمسائل عن الإجارة الطويلة في الوقف قال:

أفتي ببطلان الإجارة معشر — من زمرة الفقهاء قطعا لازما

وبذاك أفتي للتدين حسبة — كي لا أكون بما أحرر ظالما

ثم قــال المختــار أنــه لا يصح وأفتى جماعة من الفقهاء ببطلان الإجارة وأنا أفتي كذلك[3]

---

[1] محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر أبو جعفر الفقيه البلخي الهندواني شيخ كبير وإمام جليل القدرمن-
-أهل بلخ كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع ويقال له أبو حنيفة الصغير لفقهه حدث ببلخ وأفتى بالمشكلات وأوضح المعضلات تفقه على أبي بكر الأعمش عن أبي بكر الاسكاف عن محمد بن سلمة عن أبي سليمان عن محمد عن أبي حنيفة وتفقه عليه نصر بن محمد أبو الليث الفقيه وجماعة كثيرة وكانت وفاته ببخارى سنة اثنتين وستين وثلاثمائة.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٧٩).

[2] هو محمد بن عبد الله قاضي القضاة أبو الحسين الناصحي إمام الحنفية في وقته كان فقيها مناظرا جدليا عالما له الحظ الوافر من الأدب أخذ عن أبيه أبي محمد عبد الله الناصحي عن القاضي أبي الهيثم عن قاضي الحرمين عن أبي طاهر الدباس، قال الجامع: ذكره الذهبي في الطبقة الخامسة والعشرين من سير النبلاء، وقال العلامة قاضي القضاة عالم الحنفية أبو بكر محمد بن عبد الله بن الحسين الناصحي النيسابوري سمع أبا سعيد الصيرفي وطائفة وحدث ببغداد وخراسان، قال عبد الغافر الفارسي في تاريخه هو قاضي القضاة أبو بكر بن إمام الإسلام أبي محمد الناصحي أفضل أهل عصره في الحنفية وأعرفهم بالمذهب وأوجههم في المناظرة مع حظ وافر من الأدب والطب،توفي سنة ٤٨٤هــ بقرب من أصفهان.
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٧٩ –١٨٠).

[3] الفتاوى الخيرية ٢٠٣/١ –٢٠٤

وأطلق بعض الحنفية المنع فيما زاد على ثلاث سنين في الأرض وسنة في غيرها كما صنع صاحب تنوير الأبصار. وقال الخصاف: إن كانت الأرض تزرع في كل سنة لا يؤجرها أكثر من سنة وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة لا تؤجر أكثر من سنتين، أو في كل ثلاث لا تؤجر أكثر من ثلاث.

وإنما جرت الفتيا عند الحنفية بذلك صيانة للأوقاف عن دعوى الملكية بطول المدة، قالوا: لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف، فإن من رآه يتصرف فيها تصرف الملاك على طول الزمان متواليا ولا مالك يعارض ويزاحم، ومال الوقف مال ضائع لعدم المطالب المهتم يظنه الرائي بتصرفه الدائم مالكا، ولا مصلحة للوقف في أمر يدعو إلى هذا الضرر.

ومن أجل ذلك جرت الفتيا عند الحنفية على إلحاق أرض اليتيم بأرض الوقف في هذا الحكم، فلا تؤجر أكثر من ثلاث سنين، وألحق بعضهم بذلك أيضا أراضي بيت المال، نقله ابن عابدين عن حاشية الرملي ووافقه صاحب الفتاوى الحامدية.

وفي قول متقدمي الحنفية: يجوز إجارة الوقف للمدد الطويلة، غير أن المفتى به عند الحنفية قول المتأخرين المذكور أولا وهو التوقيت، قال ابن عابدين: وإنما عدل المتأخرون عن قول المتقدمين بسبب الخوف على الوقف[1].

ثم إن آجر الناظر الوقف أكثر من ثلاث سنين فقد اختلف قول الحنفية: فقال بعضهم لا يجوز، وقال بعضهم يرفع إلى القاضي حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث[2].

---

[1] انظر رد المحتار ٤/٥، والفتاوى الخانية بهامش الهندية ٣/ ٣٣٢- ٣٣٣، والإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٦٣، والفتاوى البزازيه بهامش الهندية ٦/ ٢٦٧.

[2] هو أحمد بن أبي حفص النسفي عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل أبو الليث المعروف بالمجد النسفي تفقه على والده نجم الدين النسفي وأسمعه أبوه جماعة من السمرقنديين وكان سمع كثيرا غير أنه لم يكن له عناية بالحديث مثل والده وقال السمعاني كان فقيها واعظا كاملا قدم مرو سنة سبع وأربعين وخمسمائة متوجها إلى الحجاز، ونسب إليه المقدمة المشهورة بمقدمة أبي الليث في الصلاة. توفي سنة ٥٥٣هـ (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٩).

ورأى بعـــض الحنفـــية أنه مع ذلك إن احتاج القيم أن يؤجر الوقف إجارة طويلة فالحيلة له في ذلك أن يعقد عقودا، فيكتب: استأجر فلان بن فلان ثلاثين عقدا مثلا، كـــل عقـــد على سنة من غير أن يكون بعضها شرطا في بعض، فيكون العقد الأول لازما لأنه ناجز، وما بعده لا يلزم، لأنه مضاف، وإنما تلزم كل سنة إذا دخلت[1].

وأمـــا المالكـــية فكذلك لا يجوز عندهم كراء الوقف المدة الطويلة، قال الحطاب: الحبس إن كان على معينين كبني فلان، ولا يكريه أكثر من ذلك، فإن وقع الكراء في الســـنين الكثيرة فعثر على ذلك وقد مضى بعضها فإن كان الذي بقي يسيرا كالشهر والشهرين لم يفسخ، وإن كان أكثر من ذلك فسخ، ونقل الحطاب عن البرزلي[2] عن نوازل ابن رشد في وقف أكري خمسين عاما، إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد (أي تعجيل الأجرة) فسخ، وفي جوازه على غير النقد قولان: الصحيح منهما عندي المنع.

ثم قـــال الحطـــاب: أما الحبس على المساجد والمساكن وشبهها فلا يكريها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضا، ولا أكثر من عام إن كانت دارا، وهو عمل الناس، ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكري أكثر من ذلك مضى إن كان نظرا (أي مصلحة) ولا يفسخ.

وعللوا لمنع الإجارة الطويلة في الوقف بمثل ما علل به الحنفية، قالوا: لخوف اندراسه إذا طال مكثه بيد مكتريه[3].

---

[1] الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٣/ ٣٣٣.

[2] هو القاسم بن أحمد بن محمد (وعند البعض أبو القاسم بن محمد) بن إسماعيل البلوي البُرْزُلي. (نسبة لبرزلة بضم أوله وثالثه من القيروان). من أئمة المالكية بتونس في عصره، وصف بشيخ الإسلام، أخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو أربعين عاما، قدم القاهرة حاجا فأخذ عنه بعض أهلها وسكن تونس وانتهت إليه الفتوى فيها.

من تصانيفه (جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام" وقد يكون مختصرا من كتابه " الفتاوى" وله ديوان كبير في الفقه.

(الضوء اللامع ١١/ ١٣٣، ودائرة المعارف الإسلامية ٣/ ٥٣٥، والأعلام ٦/ ٦ وشجرة النور ص ٢٤٥

[3] انظر مواهب الجليل ٦/ ٤٧، والدسوقي ٤/ ٩٦، والموافق بهامش مواهب الجليل ٦/ ٤٧

وأما الشافعية فقد ذهبوا إلى جواز الإجارة الطويلة إلى مدة تبقى إليها غالبا، ما لم يخـــالف شرط الواقف فتؤجر الأرض مائة سنة أو أكثر، قال القليوبي[1]" سواء الملك والوقـــف – وتؤجر الدار ثلاثين سنة والثوب سنة أو سنتين، وفي قول: لا يزاد على سنة[2]".

وقـــال ابن حجر الهيثمي[3]: إنما يجري ذلك أي الإجارة الطويلة، في الوقف إن وقع على وفق الحاجة والمصلحة لعين الوقف، واصطلاح الحكام على أنه لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين، لئلا يندرس استحسان منهم، قال: وإنما اشترطنا ذلك لفساد الزمان بغلبة الاستيلاء على الوقف أن يكون بأجرة المثل، وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب، أي لـــتغير الأســـعار وطروء الرغبات غالبا، قال: " وأيضا ففيها منع الانتقال إلى البطن الثاني، وضياع الأجرة عليهم إذا كانت معجلة، وأطال في بيان ذلك في فتاواه الكبرى الفقهـــية، وبـــين أن قضاة الشافعية مالوا في ذلك إلى مذهب أبي حنيفة لأنه أحوط، ونقله عن السبكي[4] وغيره، وبين أيضا أن مجرد زيادة الأجرة على أجرة المثل لا يسوّغ

---

[1] هو أحمد بن أحمد بن سلامة، شهاب الدين القليوبي، فقيه شافعي، من أهل قليوب في مصر، له حواش وشروح ورسائل. من مصنفاته: رسالة في فضائل مكة والمدينة وبيت المقدس و " الهداية من ا لضلال" في معرفة الوقت والقبلة وحاشية على شرح المنهاج، ستوفي سنة ١٠٦٩هـــ.
(الأعلام للزركلي ١/ ١٧٥).

[2] شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣/ ٨٠

[3] هو أحمد بن حجر الهيثمي، السعدي الأنصاري، شهاب الدين أبو العباس ولد في محلة أبي الهيثم بمصر، ونشأ وتعلم بها، فقيه شافعي، مشارك في أنواع من العلوم تلقى العلم بالأزهر، وانتقل إلى مكة وصنف بها كتبه توفي برع في العلوم خصوصا فقه الشافعي، من تصانيفه: تحفة المحتاج شرح المنهاج، الإيعاب شرح العباس المحيط بمعظم نصوص الشافعية والأصحاب، وإتحاف أهل الإسلام بخصوصيات الصيام، توفي سنة ٩٧٣هـــ
(البدر الطالع ١/ ١٠٩، ومعجم المؤلفين ٢/ ١٥٢، الأعلام ١/ ٢٢٣).

[4] هو تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي السبكي ولد بسبك سنة ٦٨٣هـــ وبحث في الفقه على رجل أعمى بسنباط لأن والده كان قاضيا بها في ذلك الوقت له مصنفات عديدة منها طبقات الشافعية، وغيره توفي سنة ٧٥٦هـــ

الإجارة الطويلة في الوقف، وقال: وألحقوا بأرض الوقف في ذلك أرض اليتيم[١].

ومذهب الحنابلة، أن الإجارة الطويلة جائزة، على الأصل في الإجارة إذا كانت في المدة التي تبقى إليها العين غالبا وإن كثرت.

واستدل ابن قدامة لهذا الأصل بقول الله تعالى: " قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج"[٢].

قال: وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل، قال ابن قدامة: لأن ما جاز لسنة جاز لأكثر منها، والتقدير بسنة أو ثلاث تحكّم لا دليل عليه.

وقـــد صرح ابن تيمية[٣] في فتاويه بأن ذلك يجري في الوقف، قال: إن كان الوقف على جهة عامة جازت إجارته بحسب المصلحة ولا يتوقف ذلك بعدد، وكذلك قال صاحب مطالب أولى النهى ونسبه إلى الرعاية والمغني، وأنهم قالوا: بل الوقف أولى أي بجواز الإجارة الطويلة.

وابـــن القيم من الحنابلة بيّن مفاسد الإجارة الطويلة في الوقف كما بينها أصحاب المذاهب الأخرى، لكن لم يصرح ببطلانها حيث لم يشترط الواقف امتناعها[٤].

---

١ انظر تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمي بحاشية الشرواني ٦/ ١٧٢، والفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٣٣٨-٣٣٩.

٢ سورة القصص الآية ٢٧

٣ هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي، تقي الدين الإمام شيخ الإسلام، حنبلي ولد في حران وانتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر سجن بمصر مرتين من أجل فتاواه، وتوفي بقلعة دمشق معتقلا، كان داعية إصلاح في الدين آية في التفسير والعقائد والأصول، فصيح اللسان مكثرا من التصنيف، من تصانيفه: السياسة الشرعية، ومنهاج السنة، وفتاواه.
(الدرر الكامنة ١/١٤٤، والبداية والنهاية ١٤/ ١٣٥، والأعلام ١/ ١٤٠).

٤ المغني لابن قدامة ٥/ ٤٠١ الطبعة الثالثة، الفتاوى الكبرى ٣٠/ ٢٤٦ ط الرياض، ومطالب أولى النهى ٣/ ٦٢٢، وأعلام الموقعين ٣/ ٣٠٤ .

ما الحكم إذا اشترط الواقف منع الإجارة الطويلة في الوقف؟

إذا شرط الواقف منع تأجير الوقف أكثر من مدة معينة وجب التقيد بشرطه اتفاقا، لكن إذا اقتضت ضرورة إبقاء عين الوقف إلى إجارته مدة أكثر مما شرطه جاز.

وأجـــاز بعـــض الحنفية والشافعية أن يحتال الناظر على هذا الشرط، والحيلة التي ذكـــروها أن يؤجره الناظر ويكتب في عقد الإيجار أنه آجره عقودا متلاحقة، ستين عقدا مثلا، كل عقد لسنة، وأجرة كل سنة كذا وكذا.

وقـــد أفـــتى بعـــض الحنفية والشافعية بجواز هذه الحيلة أخذا بأنها لا تخالف لفظ الواقف، ومن هؤلاء قاضيخان من الحنفية، والشيخ زكريا الأنصاري[1] من الشافعية.

وأفتى بعضهم بأنها لا تفيد، نظرا إلى المعنى وأن هذه العقود المتلاحقة هي بمعنى عقد واحـــد، ومـــن هؤلاء الفقيه أبو جعفر من الحنفية وابن الصلاح من الشافعية قال في الفـــتاوى الهندية: والفتوى على قول أبي جعفر قال: ابن حجر[2] والمرجح صحة هذه

---

[1] هو زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى، فقيه شافعي محدث مفسر قاض، من أهل مصر لقب بشيخ الإسلام، كان فقيرا معدما، ثم طلب العلم فنبغ، ولي قضاء قضاة مصر، مكثر من التصنيف، من مؤلفاته: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ومنهج الطلاب، وأسنى المطالب شرح روض الطالب، كلها في الفقه، وله: الدقائق المحكمة في القراءات، وغاية الوصول شرح لب الأصول في أصول الفقه، وله تآليف في المنطق والتفسير والحديث وغيرها

(الأعلام للزركلي ٣/ ٨٠، والكواكب السائرة ١/ ١٩٦، ومعجم المطبوعات ١/ ٤٨٣).

[2] هو أحمد بن علي بن محمد أبو الفضل المعروف بابن حجر ولد سنة ٧٧٣هـــ بمصر ونشأ بها وحفظ القرآن ومختصر ابن الحاجب ثم اشتغل بطلب الحديث وقد بلغت تصانيفه مائة وخمسين ومن تلك المؤلفات الإصابة في تمييز الصحابة، تهذيب التهذيب، تلخيص الحبير، فتح الباري شرح صحيح البخاري توفي سنة ٨٥٢هـــ.

(الأعلام ١/٢٣٥).

الحـــيلة لأن من تأمل كلام أهل المذهب وتفاريعهم وجدهم في الغالب يرجحون ما كان أقرب إلى لفظ الواقف على ما هو أقرب إلى غرضه دون لفظه قال: ولذا اعتمده المحققون.

وكل هذا ما لم ينص الواقف على امتناع هذه الحيلة، فإن منعها امتنعت اتفاقا[1]

---

[1] انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٧، والفتاوى الهندية ٢/ ٤٢٢، ومطالب أولى النهى ٤/ ٣١٥، وروضة الطالبين ٥/ ١٩٦، ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٩، وتحفة المحتاج ٦/ ١٧٢، ونهاية المحتاج ٥/ ٣٠٢، والجمل على شرح المنهج ٣/ ٥٩٢، والفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيثمي ٣/ ٣٣٠، وأعلام الموقعين ٣/ ٣٠٤.

الإجارة الطويلة في الأوقاف من الناحية القانونية

كمـــا تجـــوز الإجارة الطويلة في الأراضي والعقارات الموقوفة في الفقه ا لإسلامي كذلك تجوز في القانون أيضا فقد ورد في القانون المدني الباكستاني جواز إجارة الغين الموقوفة لمدة طويلة فقد ورد في الباب ٦، المادة: ٥٥ ما يأتي[١]:

يجـــوز إجـــارة الأراضي والأماكن الموقوفة لمدة طويلة ويشترط فيه ما يشترط في الوقف العادي.

حيـــث ورد في المادة ٥٥من التقنين المدني من الباب السادس :" يجوز إجارة العين الموقوفة لمدة طويلة، ويشترط فيه كل ما يشترط في الوقف العادي والأمور التي سكت عنها النص القانوني يطبق عليها أحكام الباب السادس[٢].

وكذلك ورد في القانون المدني المصري جواز إجارة العين الموقوف لمدة طويلة إذا اقتضت الضرورة فقد ورد في كتاب موسوعة القضاء والفقه جوازذلك حيث قال: " إذاكان المؤجرلأعيان الوقف هو الواقف حال حياته بماله من الولاية كان له الحق في أن

---

١ كرايون اور منافعون كي متعلق حقوقRights to rent and projits
مـــنفعتي كو بابندى دستاويز وقف، وقف كى جائيداد بر كرايون اور منافعون كى سلسلى مين حقوق حاصل هين.
وورد في شرح القانون ما يأتي:
وسعت Scope: دفعه هذا مين منتفعين كي ان حقوق كو بيان كيا كياهي جو الهين جائيداد وقف سى كرايه اور منافع وصول كرنى كى بابت حاصل هين، دفعه هذا وقف نامه هين مشموله شرائط كى تابع هي، اس صورت مين كه كوئى دستاويز نه هو يا دستاويز اس ضمن مين خاموش هو تو دفعه هذا كـــى شـــرائط نافذ هون ليكن دفعه ٥٥ كى شرائط نامه مين ركهى كئ صريح شرائط بر غالب لهين آسكتين.
(قانون امانت ص: ١٨٨٢١١٩ TRUSTS ACT, الناشر منصور بك هاؤس كجهرى رود " اناركلي" لا هور)

٢ الباب السادس يتعلق بالأراضي والأماكن الموقوفة ويشترط فيه

يؤجـــرها لابنه أي مدة شاء طويلة أو قصيرة، لأنه أحرص الناس على وقفه وأرعاهم لمصلحته.

أمـــا إذا كـــان المؤجر هو ناظر الوقف، فينبغي أن لاتزيد مدة الإجارة عما حدده الواقـــف، إلا إذا اقتضـــت الضرورة ذلك، فإنه يجوز للناظر مخالفة نص الواقف دون استئذان المحكمة إذا كان قد أجاز له ذلك، وإلا فإن هذا يتوقف على إذن المحكمة، إذا لم يـــنص الواقف على مدة الإجارة فإن العمل كان على أن إجارة الدور لا تزيد عن ســـنة والأراضي الزراعية لا تزيد عن ثلاث سنين، ويمكن الزيادة عن ذلك بإذن من المحكمة[1].

وقـــد ذكر الدكتور السنهوري أيضا جواز ذلك إذا اقتضت الحاجة[2] وقال: " لا يجـــوز أن تزيد مدة إيجار الوقف على ثلاث سنوات- نص قانوني: تنص المادة ٦٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي: "١- لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي، أن يؤجر الوقف مـــدة تزيد على ثلاث سنين ولو كان ذلك بعقود مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول انقضت إلى ثلاث سنين.

٢- ومـــع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، جاز له أن يوجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة إلى إذن القاضي، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين"[3]

---

[1] موسوعة القضاء والفقه ٢٥/ ٧٥٨.

[2] انظر الوسيط ٦/ ١٤٢٣

[3] تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٨٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ١- وفي كل حال لا يجوز للناظر أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين ولو كان ذلك بعقود مترادفة، إلا إذا أذن له القاضي في ذلك فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول أنقصت المدة إلى ثلاث سنين، ٢- ومع ذلك إذا كان الناظر هو المستحق الوحيد، جاز له أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين بلاحاجة إلى إذن القاضي وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين". وفي لجنة المراجعة، أدخل تعديل لفظي على الفقرة الأولى، وفي الفقرة الثانية عدلت عبارة " إذا كان الناظر هو المستحق الوحيد" مطابقا الوجه الأتي: " إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد" وأصبح النص بذلك مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٦١ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٦٠، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/ ص ٦٥٨- ص ٦٦٠) نقلا عن الوسيط ٦/ ١٤٢٤.

ويتبين من النص المتقدم الذكر أنه لا يجوز للناظر إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات ويستوي في ذلك أن تكون العين المؤجرة من المباني أو من الأراضي الزراعية.

والشـــريعة الإسلامية تميز بين ما إذا كانت العين من المباني أو من الأراضي والقول المعول عليه فيها ألا تزيد مدة الإجارة على سنة في الدار والحانوت، وعلى ثلاث سنين في الأراضي، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إيجار الدار والحانوت أو النقص في إجـــارة الأرض، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا في هذا المعـــنى هو المادة ٨٤٧ من هذا المشروع، وكانت تجري على الوجه الآتي: " إذا أهمل الواقـــف تعيين مدة الإجارة في كتاب الوقف، تؤجر الدار والحانوت وما إليها سنة، والأرض ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت أو النقص في إجارة الأرض" وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بنص المادة ٦٣٣ مـــدني، ومـــادام حذف النص كان للاكتفاء بنص المادة ٦٣٣ مدني، وجب الـــرجوع إذن إلى هذه المادة، وقد رأينا أنها تقضي بأنه لا يجوز إيجار أعيان الوقف، دون تميـــيز بـــين ما إذا كانت العين من المباني أو من الأراضي، لمدة تزيد على ثلاث سنوات، من ثم يجوز إيجار المباني لمدة تزيد على سنة كما يجوز إيجار الأراضي لمدة تقل عن ثلاث سنوات، وذلك فيما عدا الأراضي الزراعية فلا يجوز إيجارها لمدة تقل عن ثلاث سنوات وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعي ولا لمدة تزيد على ثلاث سنوات وفقا لأحكام إيجار الوقف فيجب إذن أن تكون مدة إيجارها ثلاث سنوات دائما.

والمهـــم ألا تزيد مدة إيجارالعين الموقوفة، مبنى كانت أو أرضا، عن ثلاث سنوات، ويســـتوي أن يكون ذلك بعقد واحد أو بعقود مترادفة، فلا يجوز إيجار الوقف لمدة أربع سنوات في عقد واحد، كما لا يجوز إيجاره في عقدين مترادفين يتخللهما وقت قصـــير، ويكون العقد الأول مدته سنتان، والعقد الثاني مدته سنتان أيضا تبدآن بعد

الســـنتين الأوليين، فهذه طريقة للتحايل على القانون، تفادى بها الناظر أن يبرم عقدا واحدا مدته أربع سنوات[1].

ومـــع ذلك إذا أجر الناظر الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات، سواء كان ذلك بطـــريق مكشوف أو بطريق مستتر تحايلا على القانون، لم يقع العقد باطلا، ولكن تـــنقص مدته إلى ثلاث سنوات[2]، ولما كان الناظر بعمله هذا قد جاوز حدود سلطته فإنه يمكن طلب عزله أو ضم ناظر إليه، فإذا عزل أو انضم إليه ناظر آخر، كان الذي يطلـــب إنقـــاص المـــدة هو الناظر الجديد الذي يخلفه أو الناظر المنضم إليه، بحسب الأحـــوال، ولا نرى ما يمنع، إذا لم يعزل الناظر الذي صدر منه العقد و لم ينضم إليه ناظر آخر لثبوت حسن نيته، من أن يتولى هذا الناظر نفسه طلب إنقاص المدة بالرغم من صدور العقد منه، ذلك أنه لا يمثل نفسه بل يمثل الوقف، سواء في إبرام الإيجار أو في طلب إنقاص المدة، فيكون الوقف هو الذي يطلب إنقاص المدة وهذا من حقه دون شك[3].

---

[1] الوسيط للدكتور السنهوري ٦/ ١٤٢٦.

[2] استئناف وطني ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٩٤ المحاكم ٥ ص ٣٢٥-٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢٠ ص ٩٩- ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ ص ٧ الإسكندرية الوطنية ٢٢أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ٧٢ استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ١٢٥- ٨ يناير سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ٩٩ — ولا يستطيع المستأجر أن يحتج بعدم علمه بحدود سلطة ناظر الوقف في الإيجار، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ادعاء الأسخاص الذين تعاقدوا مع ناظر الوقف بأنهم لا يعلمون ما اشتمل عليه كتاب الوقف من الشروط لا يعتد به، والواجب أن يطلبوا من الناظر الاطلاع عليه وعلى تقرير النظر (استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٦٩ ص ٢٩) ويحكم للمستأجر على الناظر بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيئ النية (استئناف وطني ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٩٩- بني سويف الاستئنائية ٢٥ يوليه سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٥) انظر الوسيط ٦/ ١٤٢٨.

[3] الوسيط ٦/ ١٤٢٨.

وهناك استثناءان يجوز فيهما إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات نصت عليهما المادة ٦٣٣ مدني سالفة الذكر يجوز فيهما إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات:

(الاستثناء الأول) نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٣ مدني، إذ تقول كما رأينا: " لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين...) فيجوز إذن للناظر أن يؤجر الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات إذا أذن القاضي له في ذلك، ويأذن القاضي إذا وجد مسوغ للإذن، ويقع ذلك غالبا إذا كانت العين الموقوفة مخربة ولا يجد الناظر من يصلحها ويعمرها إلا بشرط استئجارها لمدة طويلة،[1] وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " ومع ذلك يجوز الإيجار لمدة أطول من ثلاث سنوات في حالتين: أ- إذا أذن القاضي: ويأذن للضرورة كما لو كان الوقف محتاجا للعمارة.

والاستثناء الثاني: نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٣٣ مدني، إذ تقول كما رأينا: " ومع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، جاز له أن يؤجر الوقف مد تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة إلى إذن القاضي، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين".

فإذا كان ناظر الوقف هو المستحق الوحيد، جاز له أن يؤجر أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات بلا حاجة إلى إذن القاضي.

وإذا كان ناظر الوقف هو الواقف نفسه، سواء كان هو المستحق الوحيد أو لم يكن، فإنه يجوز له أن يؤجر الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات بلا حاجة إلى إذن القاضي، والأصل في ذلك أنه يجوز، في الشريعة الإسلامية، أن يؤجر الواقف أعيان وقفه أكثر من ثلاث سنوات، بل له أن يعين مدة إجارة وقفه في كتاب الوقف، فإن عينها لم يكن للناظر مخالفته، إلا إذا رخص الواقف في ذلك لمنفعة الوقف كأن يشترط

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/ ٦٦٣.

عدم إيجار أعيان وقفه لمدة تزيد على سنة إلا إذا كانت مصلحة الوقف في مدة أطول من ذلك، ففي هذه الحالة يجوز للناظر الإيجار لمدة أطول دون رجوع إلى القاضي، أما إذا لم يرخص الواقف في الاستثناء فلا يجوز للناظر الإيجار لمدة أطول من سنة، حتى لو تحققت مصلحة الوقف في ذلك ويجب عليه الرجوع إلى القاضي، وهو الذي يؤجرها للمدة التي يرى فيها مصلحة الوقف[1]

المقارنة:

يـــتفق القانون مع الفقه في جواز إجارة العين الموقوف إجارة طويلة حيث صرح مـــتقدموا الحنفـــية بالجواز وإن كانت المتأخرون أفتوا بعدم الجواز خوفا من الضياع لطـــول المـــدة ولكن مع ذلك صرح بعض الحنفية بأن عدم الجواز لعدم الحاجة، فإذا اضطر إليها لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرة سنين مقبلة، يزول المحذور الموهوم عند وجـــود الضـــرر المتحقق، وقد جاء في الفتاوى البزازية: لو احتيج لذلك يعقد الناظر عقودا مترادفة، ففي الدار كل عقد سنة بكذا، وفي الأرض كل عقد ثلاث سنين، بأن يقـــول: آجـــرتك الـــدار الفلانية سنة ٤٩ بكذا، وآجرتك إياها سنة خمسين بكذا، وآجـــرتك إياها سنة ٥١بكذا، وهكذا إلى تمام المدة، ويكون العقد الأول لازما، وما عداه مضاف إلى المستقبل، والصحيح أن الإجارة المضافة تكون لازمة، ويؤخذ حينئذ بـــرواية كـــون الأجرة تملك، للحاجة في الإجارة المضافة، إلى اشتراط التعجيل، فإذا بعـــض الحنفية أيضا يجيزون هذه الإجارة عند الضرورة،وكذلك الشافعية قدأجازوا ذلك بشرط مالم يخالف شرط الواقف عندهم يجوز إجارة الأرض مائة سنة أو أكثر، وقـــد قـــال ابن حجر الهيثمي: أنه يجوز الإجارة الطويلة في الوقف إن وقع على وفق الحاجة والمصلحة لعين الوقف.والمالكية[2] القائلين بعدم جواز الإجارة الطويلة إلا أنهم مع ذلك قالوا:بجواز الكراء لعشرسنوات لمن كان مرجع الوقف له كأن يقف الأرض على

---

[1] المصدر نفسه ٦/ ١٤٣١.

[2] انظر الشرح الصغير ٤/ ١٣٣- ١٣٧، والشرح الكبير ٤/ ٨٨

زيد، ثم ترجع بعده لعمرو ملكا أو وقفا، فيجوز لزيد أن يكريها لعمرو عشرة أعوام، وجاز عندهم أيضا الكراء لضرورة إصلاح وقف خرب لمدة أربعين سنة أو خمسين لا أزيـــد، ويكون الكراء بأجر المثل، فإن وقع بأقل من أجرة المثل، فسخ العقد المشتمل عليها، وقبلت الزيادة في العقود الأخرى. وكذلك يجوز عند الحنابلة الإجارة الطويلة إذا كانـــت في المدة التي تبقى إليها العين غالبا وإن كثرت، وقد صرح ابن تيمية في فتاويه بأن ذلك يجري في الوقف، قال: إن كان الوقف على جهة عامة جازت إجارته بحســب المصـــلحة ولا يتوقف ذلك بعدد، وكذلك قال صاحب مطالب أولى النهى ونسبه إلى الرعاية والمغني، وأنهم قالوا: بل الوقف أولى أي بجواز الإجارة الطويلة.

فتبين أن أكثر الفقهاء ذهبوا إلى جوازها مستندين في ذلك إلى المصلحة،فإذا ذهب كـــثير مـــن الفقهاء إلى جواز الإجارة الطويلة إن اقتضت الضرورة والمصلحة، ونحن ذكـــرنا سابقا أن حق الاستقرار شرع لأجل المصلحة وهي التنمية الاقتصادية، فهذه المصـــلحة متى ما حصلت تجوز الإجارة الطويلة سواء كانت في الأراضي والعقارات المملوكة أو الموقوفة، لأن شرعية الجواز وهي المصلحة وقد حصلت فلا مانع بعد ذلك من جوازها.

وكذلـــك يجـــيزالقانون المدني الباكستاني إجارة العين الموقوفة لمدة طويلة والقانون المـــدني المصري وإن كان يؤكد على تأقيت إجارة العين الموقوفة بثلاث سنين إلا أن القـــانون يستثني من ذلك حالتين: الأولى: إذا أذن القاضي وكان في ذلك مصلحة، والثانية: إذا كان الناظر هو الواقف نفسه، سواء كان هو المستحق الوحيد أو لم يكن فإنه يجوز له أن يؤجر أكثر من ثلاث سنوات فبناء على هذا اتفق الفقه مع القانون في جـــواز إجـــارة العين الموقوفة لمدة طويلة إذا اقتضت المصلحة، ولا شك أن الإجارة الطويلة شرعت لأجل المصلحة.

المطلب الثالث

الفرق بين الإجارة الطويلة والحكر:

الإجــارة الطويلــة كما تقدم اصطلاح الحنفية وغيرهم وهو أعم من الاحتكار إذ الاحــتكار يقصد به استئجار الأرض المدة الطويلة للبناء، أو الغرس، أو أحدهما كما قــال ابــن عابدين حيث قال: " الاستحكار بمعنى الاستئجار إجارة طويلة، ويسمى (الــتحكير) أو (الإحكار) بمعنى الإيجار أو التأجير[1]. وقال: الاحتكار إجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض[2].

وفي الفــتاوى الخيريــة: الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء أو الغراس، أو لأحدهما، ويكون في الدار والحانوت أيضا[3].

وأمــا الإجارة الطويلة فلا يشترط فيها أن تكون لهما، بل قد تكون للزرع ولسائر أنــواع استعمالات الأرض كما ورد في فتاوى الهندية: " الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس ببخارى أنهم يؤجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كــل ســنة ويجعل لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجرا قليلا وبقية الأجر للسنة الأخيرة[4].

وكذلــك يجوز الإجارة الطويلة في الدواب والمماليك وكل شئ ينتفع به مع بقاء عينه[5].

إذا الحكــر يكــون في البناء أو الغرس أو أحدهما، والإجارة الطويلة تكون فيهما وغيرهما بل وتكون في غير الأرض كالمساكن والآلات والدواب والمماليك والسيارات والطائرات وغيرها.

---

[1] منحة الخالق لابن عابدين حاشية على البحر الرائق ٥/ ٢٢٠ القاهرة، المطبعة العلمية.

[2] قانون العد والإنصاف المادة ٣٣١، ومرشد الحيران ص ٩٦، وحاشية ابن عابدين على رد المحتار ٥/ ٢٠.

[3] تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ١٧٦، ١٧٧. وقانون العدل والإنصاف المادة ٣٣٢.

[4] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣.

[5] المصدر نفسه ٤/ ٥١٤.

ولا شـــك أن الحكر عقد يشبه عقد الإيجار الطويل، إلا أن له خصائص معينة لا توجـــد في الإيجار منها التصرف فيما يقيمه المحتكر، والتوارث فيه على اعتباره ملكا خاصـــا له، واعتبار الحق عينيا[1]، ويكون في مقابل التزام المحتكر ومن يتلقى الحق عنه بدفع أجرة للمتولي على الوقف هي أشبه شئ بالايرادات المرتبة[2].

فيوجد بين عقد الإيجار والحكر الفروق الآتية:

١- لا يخول عقد الإيجار المستأجر إلا حقا شخصيا قبل المؤجر، أما الحكر فبمقتضاه يوجد حق عيني تتحمله العين في يد كل حائز لها.

٢ بالحكـــر تتجزأ الملكية، فالمحتكر يكون له الانتفاع، وقد يلزم بدفع مبلغ من المال نقدا، ومتى أقيمت المباني أو غرس الغراس أصبحت حقوق المحتكر مطلقة، ولا يلزم إلا بدفع الأجرة، ويكون له أن يبيع ما يحدثه من البناء أو الغراس، أو يهبه، أو يقفه، ويورث عنه[3]

---

[1] استئناف مختلط ١٦ يناير ١٩٢١ (٣٣ص ٤٠).

[2] استئناف مختلط ٥ ديسمبر ١٨٩٤ (٧ص ٣٥) خانكي بك ٣٨٥، ٢٥ أبريل ١٩٠٠(١٢ص ٢١٥) ١٠ مارس ١٩٠٩ (٢١ص ٢٤٩) ٢٦ مايو ١٩٢٥ (٣٧ص ٤٥٣).

وراجع استئناف مختلط ٦ يونيه ١٨٨٩ (١ص ٢٢٢): طلب الحكر كطلب الايرادات المؤبأة يقدر نصابه باعتبار أن الحكر مقابل فوائد رأس مال ينتج سبعة في المائة في السنة وراجع نبذة ٣١٢ هامش ٢. نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٥.

[3] استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٢٦ (٣٨ص ٣٢٢) ٥ ديسمبر ١٨٩٤ (٧ص ٣٥)، ٣٠ أبريل ١٩١٤ (٢٦ص ٣٦٦) بسطوروس على المادة رقم ٣٣٣، نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٥٧٦.

المبحث الثاني

عقد الإجارتين وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

ماهية عقد الإجارتين

لاشك أن الأصل في الإيجار أن يكون موقتا، ولكن هناك أنواع من الإيجار يجوز أن تكون دائمية كما تقدم في الإجارة الطويلة، وهذه الإجارات تختلف عن الإيجار المعتاد في أن حق المستأجر فيها عيني لا شخصي[1] وتعرف القوانين الفرنسية أنواعا مختلفة من الإيجـــار الدائمي [2]، ولا حاجة لذكرها لأنها مبنية على العرف والعادات الفرنسية، ثم هذا ليس من موضوعنا.

وحق الإجارتين أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة ١٠٢٠هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الأوقاف في القسطنطينية، فعجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه

---

[1] والإيجار الدائمي كما سبق يسد حاجة اقتصادية وحاجة اجتماعية أما الحاجة الاقتصادية فهي تعمير الأراضي الخربة التي لا يستطيع الملاك تصليحها فيؤجروها إلى من يستطيعون ذلك وهؤلاء يميلون في الغالب إلى أن يكون الإيجار دائميا حتى يطمئنوا إلى أن الأموال التي أنفقوها في تصليح الأرض ستثمر ولو بعد زمن طويل ثمرة يجنونها هم. والحاجة الاجتماعية هي رغبة طبعة الملاك أن يبقوا ملاكا مع جعل حق الملكية يتجزأ بينهم وبين من هم أكثر صلاحية منهم لاستغلالها.

[2] نذكر من هذه الأنواع ما يأتي

Bail a complant, Bail ti convenant ou a domaine congeable. Bail a locatairerie perpetuelle (bail a culture perpetuelle). Ghampart. Bail a rente perpetuolle.

ونحيل من يريد الإمام بقواعد هذه الإجارات إلى كتاب الإيجار للأستاذين بودري وفال جزء أول فقرة ١٤٦٤ - فقرة ١٥٢٧.

ويوجد أيضا في فرنسا عقد الامفتيوز كما تقدم (emphyteose) ويجب أن لا تزيد المدة فيه على تسع وتسعين سنة وقد نظمه قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٠٢. (عقد الإيجار للسنهوري ص ١٩٨

منظر البلدة فابتكروا طريقة الإجارتين تشجيعا على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباسا من طريقة التحكير في الأراضي[1].

وعقد الإجارتين لم يرد في الفقه الإسلامي ولا في القانون المدني الباكستاني بل و لم يعرف هذا العقد في شبه القارة فلذا نقتصر على ماورد في القانون المدني المصري فإن لم أجد في ذاك القانون أشير إلى بعض القوانين العربية الأخرى.

وهـــي عقـــد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجـــز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخـــذ لـــتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة، وذلـــك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة، ومن هنا سميت بالإجارتين[2]

وعـــرفه المـــرحوم أحمد فتحي زغلول: بأنه عقد تؤجر به جهة الوقف مكانا مبنيا إجارة مستمرة لغير أجل مسمى، ويدفع المستأجر مبلغا مقدرا على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد، ثم يدفع أجرة سنوية معلومة[3].

وسمي بعقد الإجارتين لأن المستأجر يدفع أجرتين: الأولى مبلغا مجمدا وقت التعاقد، والثانية على أقساط طول مدة الانتفاع.

وقد ورد تعريف عقد الإجارتين في التقنين المدني السوري المادة ٩٩٧ حيث ورد في المـــادة المذكـــورة أن عقد الإجارتين: " عقد يكتسب بموجبه شخص ما، بصورة دائمة، حق استعمال عقار موقوف واستغلاله، مقابل تأدية ثمنه، ويقوم هذا الثمن بمبلغ معـــين من المال يعتبر كبدل إيجار معجل معادل لقيمة الحق المتفرغ عنه، ويضاف إلى

---

[1] الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفي أحمد الزرقاء ٣/ ٤٢.

[2] المصدر نفسه٣/ ٤٢.

[3] انظر أحمد فتحي زغلول: شرح القانون المدني ٢٩١.

ذلك المبلغ مرتب دائم بمعدل ٣ بالألف من قيمة العقار حسبما تحدد القيمة المذكورة بالتخمين المتخذ أساسا لجباية الضريبة العقارية".

ولصاحب الإجارتين الحق في استعمال العقار واستغلاله كمال حقيقي، وله أن يشتري في أي وقت ملكية العقار المجردة مقابل بدل معادل لقيمة ثلاثين قسطا سنويا[١]

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: " وحق الإجارتين: عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة، وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة، ومن هنا سميت بالإجارتين[٢].

ولعل هذا التعريف مقتبس أو مأخوذ من كتاب الشيخ الزرقاء لأن مآل التعريفين شئ واحد.

وقد ذكر الدكتور الزحيلي بأن القانون المدني السوري قد صدر برقم ١٠٤ في ١٩ /١٩٦٠/٣ المتضمن جواز استبدال بعض العقارات ذات الإجارة الطويلة، والقانون رقم ١٦٣ في ١٩٥٨/٩/٢٧ لاستبدال العقارات الوقفية المقرر عليها حق القرار ذات الإجارة الطويلة، كالمرصد والكدك والمقاطعة[٣] والإجارتين، والقميص[٤] ومشد المسكة والكردار والقيمة[٥].

---

١ انظر الوسيط ٦/ ١٤٣٤

٢ الفقه الإسلامي وأدلته ٨/ ٢٢٨ .

٣ المقاطعة والحكر بمعنى واحد

٤ القميص: حق لمستأجر دار الرحى الموقوفة يخوله البقاء فيها، لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه. (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣/ ٤٤)

• القيمة: حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك، لما له من أصول المزروعات التي تدوم كالفصفصة أو من عمارة الجدر المحيطة التي أنشاها هو.
(المدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء ٣/ ٤٤).

وورد تعـــريف عقد الإجارتين في التقنين المدني المصري حيث عرف هذا القانون عقد الإجارتين: بأنه عبارة أن يحكر الوقف أرضا عليها بناء في حاجة إلى الإصلاح، مقابل مبلغ منجز من المال مساو لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل[1].

وقال الدكتور السنهوري: يتبين من هذا النص أن خاصية عقد الإجارتين أنه حكر يقع على أرض مشغولة ببناء في حاجة إلى الإصلاح، فهو حكر من نوع خاص، إذ أن الحكر يقع على أرض فضاء، سواء كانت أرضا زراعية أو أرض بناء، وإذا وقع الحكر على أرض بناء، قام المحتكر بالبناء عليها، حتى لو كانت الأرض مشغولة من قبل ببناء متهدم، فإن المحتكر يزيل هذه الأنقاض ويبني على الأرض من جديد[2].

جميع هذه التعريفات متقاربة إذ أن كل تعريف ذكر فيه أنه عبارة عن إجارة الوقف المخـــرب لمدة مستمرة، ويقصد به تعمير هذا الوقف، وأجرة العين تنقسم إلى قسمين أجرة معجلة، مساو لقيمة هذا البناء، وأخرى سنوية للأرض مساوية لأجر المثل، غير أن تعـــريف الدكتور الزحيلي يزيد إذن القاضي وبقية التعاريف خالية عن هذا القيد، ولكن في المجموع جميع التعاريف في المعنى متقاربة وإن اختلفت الألفاظ.

---

[1] المادة ١٠١٣ من القانون المدني المصري

[2] الوسيط ٦/ ١٤٩٧.

المطلب الثاني

أحكام عقد الإجارتين

وأحكام عقد الإجارتين كأحكام عقد الحكر، وفائدته الاقتصادية، كما في الحكر، أن يستغل الوقف عقارا مبنيا لا يستطيع أن يقوم بمصاريف صيانته، فيعطيه لمستأجر يتعهد بصيانته وترميمه ويدفع هذه المصاريف ولا يرجع بها على الوقف، وهو كالحكر أيضا في أنه دائمي إلا إذا نص على مدة معينة، وفي أنه يعطى للمستأجر حقا عينيا يجوز له أن يتصرف فيه بالبيع وغيره وأن يؤجره، وينتقل هذا الحق إلى ورثته[1].

وفي أنه يفسخ إذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة ثلاث سنوات، وفي أن الأجرة تختلف زيادة ونقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر الإيجار.

---

[1] ورد عن جرانمولان في العقود فقرة ٤٧٤ هذا ويلاحظ أن عقد الإجارتين الصادر من وزارة الأوقاف خاضع لقواعد خاصة فقد نصت المادة ١٨ من القانون المدني الأهل على أن حق المنفعة المعطى من ديوان الأوقاف (بمقتضى عقد الإجارتين) قابل للانتقال من يد إلى أخرى بمقتضى اللائحة المؤرخة في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونية سنة ١٨٦٧) وتقضي المادة الأولى من هذه اللائحة بأن يبقى حق الإرث للأولاد ذكورا وإناثا بحصص متساوية، وعند عدم وجود أولاد من أي الجنسين من ورثة الدرجة الأولى ينتقل الميراث إلى الورثة من الدرجات التالية بالتساوي بين الورثة الذين يكونون في نفس الدرجة كالآتي: الدرجة الثانية: الأحفاد أي أبناء وبنات ورثة الدرجة الأولى من أي الجنسين — الدرجة الثالثة: الأب والأم — الدرجة الرابعة — الأخوة الأشقاء والأخوات الشقيقات — الدرجة الخامسة — الإخوة والأخوات لأب — الدرجة السادسة: الاخوة والأخوات لأم — الدرجة السابعة: الزوج أو الزوجة — وتقضي المادة الثانية بأن الوارث من أي درجة من الدرجات المذكورة يحجب كل ورثة الدرجات التالية ومع ذلك أولاد الأبناء أو البنات المتوفين يحلون محلهم في نصيب أبيهم أو أمهم المتوفين في تركة جدهم أو جدتهم وبالنسبة للزوج أو الزوجة فإن للحي منهم الحق في جزء من الأموال الآيلة بالإرث إلى ورثة جميع الدرجات ابتداء من الدرجة الثالثة (درجة الأب والأم) وإلى الدرجة السادسة (درجة الأخوة والأخوات لأم) والبداية والغاية داخلتان .

(انظر كامل مرسى بك: القانون المدني الأهلي: المادة ١٨ هامش نمرة ١) نقلا عن الوسيط والحقوق العينية الأصلية٣/٦١١.

العقد إلا إذا تأخر عن الدفع ثلاث سنوات متواليات، كما يلتزم بإصلاح البناء القائم على الأرض وبجعله صالحا للاستغلال، وينتهي عقد الإجارتين بالأسباب التي ينتهي بها عقد الحكر، بانقضاء الأجل، وبموت المحتكر وبصدور قرار إداري بإنهاء الحق القائم على وقف خيري، وباتحاد الذمة، وبترع ملكية العين للمنفعة العامة، وبعد الاستعمال.

وقد ورد في القانون المدني السوري تفصيلا لحق الإجارتين فقد ورد في المادة ١٠٠ : " لصاحب حق الإجارتين أن يشتري في أي وقت ملكية العقار المجردة مقابل بدل معادل لقيمة ٣٠ قسطا سنويا".

ونص على حقوق صاحب الإجارتين في المادة ١٠٠٧ وما بعدها، فقد جاء في المادة ١٠٠٧: "١- لصاحب الإجارتين الحق في استعمال العقار واستغلاله كمالك حقيقي.

"٢- فله أن يستغله بنفسه أو أن يؤجره، وأن يتصرف بحقه فيه بمطلق الحرية، لا سيما أن يتفرغ عنه ببدل أو دون بدل وأن يرهنه وأن يجري تأمينا عليه وأن يفرض عليه جميع الحقوق العينية".

وفي المادة ١٠٠٩: " ويشمل حق الإجارتين كل ما يغله العقار وكل ما يتخذ به عرفا سواء كان الاتحاد طبيعيا أو اصطناعيا".

وفي المادة ١٠١٠:" لصاحب حق الإجارتين أن يغرس في العقار، بإذن من متولي الوقف، ما شاء من الأغراس وأن ينشئ فيه ما يشاء من البناء، بشرط أن يراعي النصوص المتعلقة بالضابط والطرقات والتوسع والتخطيط".

وفي المادة ١٠١١: " لصاحب حق الإجارتين أن يجري فيه حفريات إلى أي عمق شاء، وله- بشرط مراعاة القوانين والأنظمة المتعلقة بالمناجم والمقاطع والآثار القديمة

والضـــابطة والطرقات- أن يستخرج من هذه الحفريات ما يشاء من مواد البناء دون سائر المواد الأخرى".

وجاء في المادة ١٠٠٨: " أن حق الإجارتين قابل للانتقال بالإرث أو بالوصية وفقا للأحكام المطبقة على العقارات الأميرية".[1]

---

[1] الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦١٠ -٦١١.

المطلب الثالث

الفرق بين عقد الإجارتين وبين كل من الحكر والإجارة الطويلة

وفيه مسألتان

المسألة الأولى

الفرق بين عقد الإجارتين والحكر

تقـــدم أن قلنا أن الحكر ينقسم إلى قسمين الحكر في الأراضي والعقارات الموقوفة والحكـــر في الأملاك الخاصة، بناء على هذا الحكر يصح أن يكون من وقف أو غيره، وإن كان الغالب أن يكون من وقف وأما عقد الإجارتين فلا يكون إلا من وقف.

وأيضـــا أن محل عقد الإجارتين على الدوام عقار مبني، أما الحكر فيجوز أن يكون محله عقارا مبنيا أو أرضا زراعة.

وكذلـــك يدفـــع المستأجر في عقد الإجارتين مبلغا مقدرا على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد ثم يدفع أجرة سنوية معلومة، أما في الحكر فلا يدفع المستأجر إلا الأجرة السنوية.

ويقول الدكتور السنهوري عن الفرق بينهما: " أن عقد الإجارتين هو عقد حكر مـــن نوع خاص ويتميز عن الحكر العادي في أنه لا يقع إلا على أرض بناء موقوفة، والحكـــر العـــادي يقع على أرض بناء وعلى أرض زراعة، والبناء في عقد الإجارتين يكـــون قائمـــا على الأرض فلا يحتاج المحتكر إلا إلى إصلاحه، أما في الحكر العادي فيحـــتاج المحـــتكر إلى إقامـــة البناء، وفي الحالتين يكون المحتكر هو مالك البناء، في الإجـــارتين عـــن طريق الشراء وفي الحكر العادي عن طريق الإنشاء، وتقول المذكرة الإيضـــاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " خاصية عقد الإجارتين الإصلاح،

فيشـــتري صـــاحب الإجارتين البناء بمبلغ منجز مساو لقيمته، ثم يدفع أجرة سنوية مساوية لأجرة المثل"[1].

قـــال الشيخ مصطفى الزرقاء عن الفرق بينهما: " والفرق بين حق الإجارتين وبين الحكـــر أن البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لأنهما أنشأ بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم أجرة معجلة.

أمـــا في عقد الإجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف.

وقد حددت المادة ١٨٠- من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الأجرة المؤجلة في الإجارتين بمبلغ ثلاثة في الألف من قيمة العقار المقدرة رسميا لجباية الضرائب العقارية، ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة ١٠٠٤ منه.

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٦/ ٦١٧، نقلا عن الوسيط ٦/ ١٤٩٨.

المسألة الثانية

الفرق بين عقد الإجارتين والإجارة الطويلة

قلنا أن الإجارة الطويلة في الفقه الإسلامي والتي تتعلق بحق الاستقرار هي اصطلاح عـــند الحنفـــية وغيرهـم ويقصد بها استئجار الأرض لمدة طويلة للبناء، أو الغراس، أو غيرهمـــا مثل أن تكون للزرع بل ويجوز لسائر أنواع استعمالات الأرض، وتكون في غير الأرض أيضا كالمساكن والآلات وغيرها.

وقـــد ورد في الفتاوى الهندية ما تفسير هذه الإجارة كما تقدم ونصه: " الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس ببخارى أنهم يؤجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعل لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجرا قليلا وبقية الأجر للسنة الأخيرة"[1]

وأمـــا صـــاحب الفتاوى الخانية فقسمها إلى نوعين وإن كان تعريفه لهذه الإجارة قريب من صاحب الفتاوى الهندية حيث قال: " هذه إجارة استخرجها الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى وقبلها بعض أهل زمانه وردها البعض وهي:

على وجهين:

أحدهمـــا: أنـــه إذا أراد أن يؤاجر الكرم إجارة طويلة أو الأرض وفيها زرع يبيع الأشجار والزرع بأصولها من الذي يريد الاستئجار بثمن معلوم ويسلم إليه ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة ثلاث سنين أو أكثر غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة أو كل ســـتة أشـــهر بمـــال معلوم على أن يكون أجر كل سنة من السنين الأولى غير الأيام

---

[1] الفتاوى الهندية ٤/ ٥١٣.

المستثناة منها من تلك الأجرة كذا وبقية مال الإجارة يكون بمقابلة السنة الأخيرة وأن يكون لكل واحد منهما ولاية فسخ الإجارة في أيام الخيار.

الوجـــه الثاني لهذه الإجارة أن يدفع الأشجار أو الزرع الذي في الأرض معاملة إلى الـــذي يريد الإجارة على أن يكون الخارج بينهما على مائة سهم سهم منها للدافع والباقي للعامل ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج فيما أحب ثم يؤاجر منه الأرض مـــدة معلومة على نحو ما قلنا من غير أن يكون أحد العقدين شرطا في الآخر ولكن مشايخ بلخ وبعض مشايخ بخارا أنكروا الوجه الأول وقالوا بيع الأشجار وبيع الـــزرع لـــيس ببيع رغبة بل هو في معنى التلجئة ولهذا لا يكون للمستأجر أن يقطع الأشجار وعند فسخ الإجارة ينفسخ البيع من غير فسخ وبيع التلجئة لا يزيل المبيع من ملك البائع وإن اتصل به القبض وبقاء الأشجار والزرع على ملك البائع يمنع الإجارة في الأرض، وبعضـــهم جوزا طريق البيع أيضا وقالوا ليس هذا بيع التلجئة بل هو بيع رغبة، لأنهما لما قصدا تصحيح الإجارة ولا صحة للإجارة مع بيع التلجئة فقد قصدا بيع الرغبة ويجوز أن تكون الأشجار مملوكة للمشتري ولا يملك قطعها لتعلق حق الغير بهـــا كالـــراهن لا يملك قطع أشجار الرهن وإن كان يملكها التعلق حق الغير، وقال بعضهم إن باع الأشجار والزرع بثمن المثل أو أكثر يكون رغبة وإلا فلا وهذا ليس بصحيح أيضا فإن الإنسان قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس ا لحاجة"[1].

فالإجـــارة الطويلة تصح في جميع الأشياء وتكون لمدة طويلة على حسب الخلاف بين الفقهاء منهم من قيدها بثلاث وثلاثين سنة ومنهم من قال يجوز لمائة عام ومنهم من قال يجوز لأكثر من مائة عام أيضا وعلى أية حال فالراجح من أقوال الفقهاء جواز

---

[1] فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٢/ ٣٠٣ –٣٠٤.

هـــذه الإجارة، وأن الأجرة تدفع سنويا، وأنها تصح مثل الحكر في الوقف وفي الملك الخاص.

وأمـــا عقد الإجارتين فلم يتعرض له الفقهاء وإنما ذكره فقهاء القانون وقالوا: إن عقد الإجارتين عقد على الدوام في عقار مبني، ولا يصح إلا من وقف، وأن المستأجر في هذا العقد يدفع مبلغا مقدرا على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد، ثم يدفع أجرة سنوية معلومة.

المبحث الثالث

ماهية حلول الانتفاع وحكمه وخصائصه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

ماهية حلول الانتفاع

قد بحثت في كتب الفقه والقانون الباكستاني فلم أعثر على مسألة حلول الانتفاع فلذا أركز البحث على ما ورد في القانون المدني المصري فأقول وبالله التوفيق:

حلول الانتفاع عقد إيجار لزمن غير محدد من جهة وقف في أرض موقوفة مبنية أو زراعية، ويلتزم المستأجر بإصلاح الأرض، ويدفع أجرة مقدرة لا تتغير[1].

ويجوز لجهة الوقف فسخ العقد في أي وقت واسترداد العقار، بشرط أن يدفع إلى المستأجر ما زاد في قيمة العقار بسبب ما أجراه من الاصلاحات الضرورية أو المفيدة[2].

وورد في التقنين المدني المصري خاصية عقد حلول الانتفاع، حيث تنص مادة ١٠١٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- حلول الانتفاع عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضي مقابل أجرة ثابتة لزمن معين.

٢- ويلتزم المستأجر بمقتضى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للاستغلال، ويحق للوقف أن يفسخ العقد في أي وقت بعد التنبيه في الميعاد

---

[1] محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ مج ط ٢٨ ص ٧٨ (ويقضي هذا الحكم بأن العقار قد يكون موضوعا لحق حكر ولحق حلول انتفاع في وقت واحد لأن كل حق من هذين الحقين مستقل عن الآخر) انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١٦ مج ط ٢٨ ص ٢٤١ وهو يقضي بأن خاصية عقد حلول الانتفاع هي صيانة وتصليح عقار موجود وليس خلق أشياء جديدة.

[2] جرانمولان في العقدور فقرة ٤٧٥ – فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٩١ – كامل مرسي بك في الملكية والحقوق المعينية فقرة ٢٣٤ نقلا عن عقد الإيجار للدكتور السنهوري ص ٢١٠.

القـــانوني طبقا للقواعد الخاصة بعقد الإجارة، على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة ١٧٣ .

٣- وتســـري عليه الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة، دون إخلال بما نصت عليه الفقرتان السابقتان"[١]

ويتبين من هذا النص أن خاصية عقد خلو الانتفاع أو حلول الانتفاع أنه عقد إيجار للوقف من نوع خاص، وليس بعقد حكر أصلا، فهو عقد إيجار للوقف لأنه لا يقـــع إلا عـــلى عين موقوفة، أرضا مبنية كانت أو أرضا فضاء للبناء أو أرضا زراعـــية، ولا يترتب عليه إلا حق شخصي للمستأجر في ذمة المؤجر (الوقف) في مقـــابل أجـــرة ثابتة لا تتغير، ومن ثم لا حاجة فيه لإذن القاضي، لأنه من عقود الإدارة لا مـــن عقود التصرف، ولكنه عقد إيجار للوقف من نوع خاص، فالعين

---

[١] قال الدكتور السنهوري: وتاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٢٧٨من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة استبدلت كلمة "خلو" بكلمة " حلول" في أول الفقرة الأولى، ونقلت عبارة " على شرط أن يرد النفقات" إلى آخر الفقرة الثانية، واستبدلت كلمتا " بإيجار الأطيان" بكلمتي " بأجرة الأعيان" في الفقرة الثالثة، وصار رقم المادة ١٠٩٢ في المشروع النهائي، ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٨٩، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة " العقارات" بكلمة " الأطيان" الواردة في الفقرة الثالثة، واستعيض بعبارة " على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة ١٧٩" عن عبارة " على شرط أن يرد النفقات" حتى يكون أساس التقدير واضحا منضبط الحدود، وقد روعي في التعديل أن يواجه النص حالة النفقات التي يصرفها المستأجر ويكون قد استفاد منها إلى حد ما، فإطلاق النص على قيام جهة الوقف بدفع النفقات قد يؤدي إلى تحميل الوقف وفاء كل النفقات دون نظر إلى استفادة المستأجر مما استحدثه استفادة تؤدي إلى خفض قيمة النفقات المطالب بردها، و رؤى أن تستند القاعدة في رد النفقات إلى أحكام الإثراء المقررة في المادة ١٧٩، وصار رقم المادة ١٠١٤، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١٧- ص ٦٢٠).
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم، ولكن أحكام عقد (حلول الانتفاع) في عهد هذا التقنين كانت مقاربة للأحكام التي أخذ بها التقنين المدني الجديد
(الوسيط ٦/ ١٤٩٩ والحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦١٥).

المؤجرة فيه تحتاج إلى الإصلاح ويلتزم المستأجر بإصلاحها، والمدة فيه غير معينة ومن ثم يجوز إنهاؤه بأن ينبه أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء في المواعيد القانونية المبينة بالمادة ٣٦٣ مدني، وإذا نبه الوقف على المستأجر بالإخلاء فانتهى الإيجار وجب على الوقف أن يعوض المستأجر عن النفقات التي صرفها في إصلاح العين بموجب قواعد الإثراء بلا سبب الوارد في (المادة ١٧٩ مدني).

وعقد حلول الانتفاع ليس بعقد حكر أصلا فلا حاجة فيه إلى إذن المحكمة[1] كما قدمنا، ولا يشهر، ولا يجوز أن تكون له مدة معينة، ولا تتغير أجرته تبعا لتغير أجرة المثل فلا تصقيع فيه كما يصقع الحكر، وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء أو غراس بل كل ذلك ملك للوقف، وليس له إلا حق شخصي في ذمة الوقف[2]، وينتهي بالأسباب التي ينتهي بها عقد إيجار الوقف لا عقد الحكر، وأخص هذه الأسباب التنبيه بالإخلاء في المواعيد القانونية.[3]

والغرض من عقد حلول الانتفاع، كما في الحكر وعقد الإجارتين، المحافظة على أعيان الوقف التي ليس لها مال ولا ريع أو لها ولكنه يضيق عن الصرف على الإنشاء والعمارة والتجديد والترميم.

ولا يعطى صاحب المنفعة حقا عينيا على العقار، بل يعطيه حقا شخصيا مؤقتا.

ولا يجوز كسب حلول الانتفاع بمضي المدة مهما طالت[4] وحكمنا عليه في ضوء الشريعة باعتبار أننا قلنا أنه نوع خاص من إيجار الوقف وبهذا اللفظ لم يستعمله الفقهاء. والله أعلم

---

[1] وكان القضاء المختلط في عهد التقنين المدني القديم يتطلب ورقة رسمية لانعقاد " حلول الانتفاع" (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المختلطة ٩ ص ٧٥).

[2] استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المختلطة ٩ ص ٧٥).

[3] انظر الوسيط ٦/ ١٥٠٠ –١٥٠١.

[4] حكم استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ نقلا عن الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦١٦.

المطلب الثاني

حكم حلول الانتفاع

يجري على عقد حلول الانتفاع أحكام إيجار الوقف لا أحكام عقد الحكر،ونشير إلى أحكام عقد الوقف باختصار، لأنه لا يتعلق بموضوعنا ثم ذكرنا أغلب هذه الأحكام في فصل الحكر إنما نذكر بعضا منها لمعرفة حلول الانتفاع وهي على النحو التالي:

أن الذي يملك استغلال الوقف بالإجارة ونحوها من مزارعة ومساقاة، إنما هو الناظر دون الموقوف عليه، لأن الولاية للناظر، فإن لم يكن لها متول أجرها القاضي، أو كان لها متول إلا أنه أبى الأصلح للوقف، وأما مع وجود المتولي فليس للقاضي ذلك، إذ ليس للقاضي حق التصرف مع وجود ناظر للوقف حتى ولو كان منصوبا من قبله، وهذا بناء على قاعدة مشهورة وهي:

"أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[١].

غير أن هلالا يرى: أن القاضي إذا أجر دار الوقف أو وكيله بأمره، جاز، وظاهره، إطلاق الجواز مع وجود المتولي[٢].

غير أن ابن عابدين نقل عن فتاوى الحانوتي: أن تنصيصهم على أن القاضي محجور عن التصرف في مال اليتيم عند وجود الوصي، يقتضي بالقياس عليه، أنه محجور عليه هنا أيضا عند وجود المتولي، فلا يؤجر إلا إذا لم يكن له متول، أو كان وامتنع، قال ابن عابدين: وعليه يحمل كلام هلال[٣].

---

١ حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣٤، وروضة الطالبين ٥/ ٣٤٨، الانصاف ٧/ ٦٧.

٢ انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٢٧.

٣ المصدر نفسه ٣/ ٥٢٦ –٥٢٧.

حق الموقوف عليه في إجارة الوقف:

لمعـــرفة رأي فقهاء الحنفية في حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، لابد لنا من التفرقة بين حالتين:

الحالـــة الأولى: أن يكون الموقوف عليه ناظرا على الوقف، وفي هذه الحالة لا خـــلاف بين الفقهاء من حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، إلا أن هذا الحق قد ثبت له من حيث كونه ناظرا على الوقف، لا من حيث كونه مستحقا فيه، وهو الذي عليه الفتوى[1].

الحالـــة الثانـــية: أن لايكون الموقوف عليه ناظرا، فيرى غالبية الفقهاء أن ليس للموقوف عليه الحق في إجارة الوقف، وإنما له الحق في الغلة يطالب بها الناظر.

وفي هـــذا يقول ابن الهمام: " ونص الاستروسني أنه رأى في المنقول: أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز، وإنما يملك الإجارة، المتولي أو القاضي"[2].

وقد علل ابن عابدين ذلك بقوله: " لأنه يملك المنافع بلا بدل، فلم يملك تمليكا ببدل، وهو الإجارة، وإلا لملك أكثر مما يملك"[3].

وأن يملك الموقوف عليه أكثر مما يملك ممنوع، حيث لم تملك العين من كل وجه بخلاف ما إذا ملكت من كل وجه كالموهوب له بدون عوض، أو الوارث مثلا، حيث يملك البيع والهبة بعوض.

والفقيه أبو جعفر قد فرق بين الدور والحوانيت، وبين الأرض الزراعية قسمها إلى قسمين:

---

[1] انظر المصدر نفسه ٣/ ٥٥٤، ومغني المحتاج ٢/ ٣٨٩ – ٣٩٠.

[2] انظر فتح القدير ٥/ ٥٥

[3] حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٣.

أ – فإذا كانت العين الموقوفة دورا وحوانيت، ولم يكن معه شريك في الاستحقاق، وكان الموقوف غير محتاج إلى العمارة، جازله إيجار الدور والحوانيت.

ب – وأما الأراضي الزراعية فإن كانت الواقف قد شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن،وجعل للموقوف عليه ما فضل من العمارة والمؤنة، لم يكن له إيجارها.

والعلة في منعه من إيجارها، أن الموقوف عليه يستحق كامل الأجر بالعقد، وبذا يفوت شرط الواقف في تقديم العشر والخراج.

أما إذا لم يشترط الواقف تقديم العشر والخراج، فيجب أن يجوز له إيجارها، ولكن يكون الخراج والمؤن عليه[1].

وقد بين ابن الهمام رأي الفقيه أبي جعفر بقوله:

" ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا سترم[2]– تجوز إجارته، وهذا في الدور والحوانيت".

وأما الأراضي فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن، فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وإن لم يشرط ذلك، فيجب أن يجوز، ويكون الخراج والمؤنة عليه"[3].

والذي أراه أن الدور والحوانيت أصبح في عصرنا كالأراضي الزراعية، لأن عليها ضريبة عقارية أيضا، وإن لم يكن ذلك حاصلا من قبل، على أن الاحتياط يقضي بأن لا يمكن المستحق من أخذ الأجرة كلها، خوفا من أن يؤول إلى الخراب والدمار، كما لا يخفى.

---

[1] المصدر نفسه ٣/ ٥٥٣.

[2] استرم بمعنى زاد وفضل (المعجم الوسيط ١/ ٣٧٨.

[3] حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٣.

وكمـــا ورد حـــق إيجار الوقف في الفقه ورد في القانون المدني المصري حيث تـــنص المادة ٦٢٥ على مايأتي: "١- للناظر ولاية إجارة الوقف. ٢- فلا يملكها الموقـــوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق، إلا إذا كان متوليا من قبل الواقف، أو مأذونا ممن له ولاية الإجارة من ناظر أوقاض"[١]

وهذا النص مأخوذ من المادة ٦٨١ من مرشد الحيران، وتجري على الوجه الآتي: " للـــناظر ولاية إجارة الوقف، فلا يملكها الموقوف عليه إلا إذا كان متوليا من قبل الواقف أو مأذونا ممن له ولاية الإجارة من ناظر أو قاض".

فالذي يملك إيجار الوقف إذن هو الناظر وحده[٢]. ويشترط ألا يكون قد نصب ناظـــرا لعمل معين غير الإجارة تنتهي نظارته به، كما إذا عين شخص ناظرا على وقف لاسترداد عين من أعيانه تحت يد الغير وحفظها عنده على ذمة الوقف دون أن يكون له الحق في إيجارها[٣].

---

١ تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٨٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة، وصار رقمه ٦٥٧ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٥٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٢٨. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤٨ –٦٤٩).ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم، ولكن الحكم كان معمولا به.

٢ ولو كان ناظرا على حصته (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩م ٢/ ٦٧) وكما يملك الناظر الإيجار، يملك كذلك إقالة المستأجر من عقد الإجارة، لكن بشرط أن يكون فيها خير للوقف، سواء أكان الناظر هو الذي باشر العقد أم باشره ناظر قبله، وسواء أعجلت الأجرة أم لم تعجل (مباحث الوقف للشيخ محمد زيد ص ٦٣) ولناظر الوقف كذلك الحق في طلب إخلاء المستأجر، ولا تتوقف ممارسته لهذا الحق على إذن القاضي (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٨ ص ١٣٩٧- ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٢ ص ١٤٢٣) وقد صدر القانون رقم ٦٥٧ لسنة ١٩٥٣ معدلا لقانون إيجار الأماكن، وهو يجيز لناظر الوقف إخلاء المكان المؤجر إذا أجره المستأجر من الباطن، أو تنازل عن الإيجار.
(انظر الوسيط للدكتور السنهوري ٦/ ١٤٠٩).

٣ استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ١٦٤- وإذا شرط الواقف عدم إيجار أطيان الوقف

ولا يملــك إيجــار الوقف الموقوف عليه، أي المستحق فيه، ولو كان المستحق واحدا وانحصر فيه الاستحقاق، ذلك أنه، وإن كان له في هذه الحالة ريع الوقف، لا يملــك إدارتــه، فلا يملك إيجاره، والذي يملك ذلك هو الناظر دون غيره، وقد يكــون المســتحق متوليا من قبل الواقف، فيملك الإيجار بصفته متوليا لا بصفته مستحقا، وقد يأذن الناظر أو القاضي للمستحق في إجارة الوقف فتجوز إجارته، لا بصفته مستحقا بل بصفته وكيلا عن الناظر أو متوليا من القاضي.

وإذا أجــر الناظر الوقف، صحت إجارته، وتبقى سارية حتى لو مات الناظر أو عزل قبل انقضاء مدة الإجارة، وفي هذه الحالة يسري الإيجار في حق الناظر الذي يــأتي بعده، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا في هذا المعنى هــو المادة ٨٤٩ من هذا المشروع، وكانت تجري على الوجه الآتي: " لا تنتهي إجارة الوقف بموت الناظر ولا بعزله". فحذف هذا النص في لجنة المراجعة[1]. ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة، فيعمل به بالرغم من هذا الحذف[2]

المقارنة:

لم يختلف القانون عن الفقه في أن الذي يملك استغلال الوقف بالإجارة ونحوها مــن مــزارعة ومساقاة، إنما هو الناظر دون الموقوف عليه،لأن الفقهاء قالوا: إن الولايــة للناظر، فإن لم يكن لها متول أجرها القاضي، أو كان لها متول إلا أنه أبى

وشرط زراعتها، وجعل لنفسه ولكل من ذريته الشروط العشرة وتكرارها، فإذا خالف الناظر وهو من ذرية الواقف هذا الشرط وأجر الأرض المشترط زراعتها، لا يعد ذلك منه خيانة لأنه يملك تغيير هذا الشرط (قرار شرعي رقم ٣٠ يوليه سنة ١٩٠٣ مجلة الأحكام الشرعية السنة الثانية عدد ٧ص ١٤٨).

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/ ٦٥٩.

[2] الوسيط ٦/ ١٤١٠.

الأصلح للوقف، وأما مع وجود المتولي فليس للقاضي ذلك، إذ ليس للقاضي حق التصرف مع وجود ناظر للوقف حتى ولو كان منصوبا من قبله، والقانون كذلك بين أن الناظر هو الذي يملك إجارة الوقف، ولا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق، ولكن إن كان متوليا من قبل الواقف، أو كان مأذونا ممن له ولاية الإجـــارة من ناظر اوقاض فيجوز له إجارة الوقف كما ذكر الفقهاء، إذن فليس هناك فرق بين ما قاله الفقهاء وعلماء القانون من أن إجارة الوقف يملكها الناظر، وعـــند عـــدم وجود الناظر يملكها القاضي، فحلول الانتفاع مثله لأننا ذكرنا أن حكـــم حلول الانتفاع حكم إيجار الوقف لا الحكر أي أن أحكام الوقف يسري على عقد حلول الانتفاع لا أحكام الحكر.

وأحكـــام الوقف طبعا يحتاج إلى مجلدات وليس من موضوعنا ويكفينا أن نقول أن عقـــد حلـــول الانتفاع يسري عليه أحكام إيجار الوقف، إلا أن هناك أحكام خاصة يتميز عقد حلول الانتفاع عن عقد إيجار الوقف وهي على النحو التالي:

عقد حلول الانتفاع يقع على عين في حاجة إلى الإصلاح، وينفق المستأجر على إصـــلاحها، ويسترد عند انتهاء العقد أقل القيمتين، قيمة ما عاد على الوقف من مـــنفعة بسبب الإصلاح وقيمة ما أنفقه المستأجر، وذلك طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب، ومدته غير معينة، فيجوز إنهاؤه بتنبيه بالإخلاء في المواعيد القانونية من أحد الطرفين على الآخر، وبذلك يحتفظ الوقف بحق استرداد العين في أي وقت يشاء،

فيستردها متى رأى أن أعمال الإصلاح المرجوة قد تمت، ومتى توافر عنده المال اللازم لتعويض المستأجر[1].

وكذلك لا يجوز لناظر الوقف أن يكون هو المستأجر ولا يجوز لأصوله ولا لفروعه أن يستأجروا بأقل من أجر المثل، ولا يجوز أن يكون في الأجرة غبن فاحش وتبقى الأجرة ثابتة لا تتغير[2]. وعقد إيجار الوقف يخالف ما سبق فهذه الأحكام مختصة بعقد حلول الانتفاع.

---

[1] وقد قضت محكمة استئناف المختلطة في عهد التقنين المدني القديم بأنه يجوز فسخ العقد إذا تأخر المستأجر عن دفع الإيجار، أو إذا لم يقم بالإصلاحات اللازمة (استئناف مختلط أبريل سنة ١٨٨٩/ ١/ ١٤٧)

[2] انظر الوسيط ٦/ ١٥٠٢ -١٥٠٣

المطلب الثالث:

خصائص حلول الانتفاع وفي مسألتان:

المسألة الأولى

الفرق بين حلول الانتفاع و كلا من:الحكر والإجارتين:

عقد حلول الانتفاع يشبه الحكر وعقد الإجارتين في فائدته الاقتصادية[1] ولكنه يختلف عنهما في الأمور الآتية:

أ – محـــل عقد حلول الانتفاع العقار مبني أو غير مبني (كترعة مثلا) أو أرض زراعية، والمهم أن هذا العقار يراد اصلاحه.

---

[1] قد ذكر الدكتور السنهوري أن محكمة الاستئناف المختلطة أوردت في حكم قديم أصدرته في ٢٤ مارس سنة ١٨٨١ (مج ط ٦: مسائل الأوقاف لعزيزخانكي ص ١٥٢ –١٥٣) مقارنة قيمة بين العقود الثلاثة وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي: " حيث أن حلول الانتفاع وهو مذكور في كتاب مسائل الأوقاف للأستاذ عزيز خانكي باسم "خلو الانتفاع" وهو غير حلول الانتفاع وهذا مشابه لعقدي التحكير والإجارتين في أنه يقبل التوارث والفراغ عنه للغير ويختلف عنهما في أن يد صاحب حلول الانتفاع ليست مؤبدة إذ يجوز لجهة الوقف الرجوع عنه ويختلف أيضا عنه في أن محل حلول الانتفاع ليس إنشاء عمارة جديدة أو عمارة موجودة بالفعل بل محله عمارة متخربة محتاجة للمرمة الضرورية. والغرض من هذه العقود الثلاثة المحافظة على أعيان الوقف التي ليس لها مال ولا ريع أو لها ولكنه يضيق عن الصرف على الإنشاء والعمارة والتجديد والترميم وبناء عليه لا يمكن القول بأن الواقف وحده له دون الناظر حق إمضاء وقبول مثل هذه العقود، وإذا تقرر أن حلول الانتفاع لا يعطى لصاحبه حق وضع اليد مؤبدا على أرض الوقف وأن جهة الوقف تملك الرجوع فيه تعين القول بأن جهة الوقف باستردادها أعيان الوقف من صاحب حلول الانتفاع ملزمة بأن تدفع له مبلغا مساويا لما زاد في ثمن العقارات بسبب العمارة التي أجراها صاحب حلول الانتفاع وهذا مستفاد صراحة من الباب الخامس والثلاثين من كتاب خليل بن إسحاق الذي ترجمه العلامة بيرون حيث نص على أن " من شيد بناء على أرض موقوفة كانت له ملكية ما بناه ويبقى للباني الخيار بين هدم ما بناه أو قبض قيمة الأنقاض مستحقة ا لقلع إذا استطاع الوقف دفع قيمتها وكان البناء غير لازم أو نافع للوقف أما إذا كانت العمارة ضرورية أو نافعة فيخصص من ريع الوقف مبلغ لسداد قيمتها"
(عقد إيجار ص ٢١٠ –٢١١).

ب – حق المستأجر ليس حقا عينيا، بل هو حق شخصي[1]، يعطيه حق الانتفاع بالعقـــار بعد تحسينه وإصلاحه ولهذا يجوز لناظر الوقف أن يباشر هذا العقد دون إذن مـــن القاضي، لأنه يعتبر من أعمال الإدارة، ولكن تقضي محكمة الاستئناف المختلطة بلزوم عقد رسمي لانعقاد حلول الانتفاع، يجوز فسخ العقد في أي وقت يـــريد الوقـــف، ويرد في هذه الحالة إلى ا لمستأجر ما زاد من قيمة العقار بسبب المصـــروفات الضـــررورية أو النافعة التي صرفها، ويجوز أيضا فسخ العقد إذا تأخر المســـتأجر عن دفع الإيجار أو إذا لم يقم بالإصلاحات اللازمة، ويلاحظ أنه مادام للوقف فسخ العقد بلا قيد فمن غير المفيد النص على جواز الفسخ للتأخر عن دفع الأجرة أو للامتناع عن إجراء الإصلاحات اللازمة، إلا إذا أريد من جواز الفسخ في هذه الحالة أنه يمكن أيضا أن يكون المستأجر مسئولا عن تعويضات[2].

فعقد حلول الانتفاع ليس بعقد حكر أصلا، فلا حاجة فيه إلى إذن المحكمة، ولا يشهر، ولا يجوز أن تكون له مدة معينة، ولا تتغير أجرته تبعا لتغير أجرة المثل فلا تصقيع فيه كما يصقع الحكر، وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء أو غراس بل كل ذلك ملك للوقف، والحكر بخلاف ذلك في كل هذه المسائل، وكذلك عقد حلول الانتفاع حق شخصي في ذمة الوقف، وينتهي بالأسباب التي ينتهي بها عقد إيجار الوقف لا عقد الحكر، كما تقدم.

وذكـــر صاحب الحقوق العينية عدة فروق بين حلول الانتفاع والحكر وقال:" يتميز حلول الانتفاع عن الحكر بما يأتي:

---

[1] محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ فبراير سنة ١٨٨٤مج ط ر ٩/ ٧٥ (مسائل الأوقاف لعزيز خانكي ص ١٥٤) ويقضي هذا الحكم بأن تمليك منفعة العقار لمدة مؤقتة تحت شرط جواز الرجوع فيها لا يعطي لصاحب المنفعة حقا عينيا بل يعطيه حقا شخصيا ولا يمكن أن يتملك بمضي المدة الطويلة مهما طالت.

[2] عقد إيجار ص ٢١١ –٢١٢

أ- حلـــول الانتفاع حق شخصي، لا عيني، ولا حاجة فيه إلى إذن القاضي.

ب- لـــيس لحلول الانتفاع أجل محدود، وللوقف أن يفسخ العقد في أي وقت بعد التنبيه في المواعيد القانونية الواردة في عقد الإيجار.

جـــــ- إذا كـــان صاحب حلول الانتفاع يلتزم باستصلاح الأرض الموقوفة كالمحتكر إلا أنه يسترد عند انتهاء حقه ما أنفقه في الاستصلاح.

ويلاحظ أنه يجوز أن يكون ذات العقار محملا في نفس الوقت بالحكر وبحلول الانتفاع، لأن هذين الحقين مستقل كل منهما عن الآخر[١].

وقـــال أيضـــا: إن حلول الانتفاع يجوز في الأعيان المملوكة كما يجوز في عين موقوفة[٢]

---

١ الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦١٧

٢ المصدر نفسه ٢/ ٦١٧.

المسألة الثانية

الفرق بين حلول الانتفاع والإجارة الطويلة:

تقـــدم أن قلنا أن الإجارة الطويلة يعرفها كثير من التشريعات، وكان بعضها عـــند نشـــأته التاريخية إيجارا دائميا، والإيجار الدائمي أو طويل المدة يسد حاجة اقتصـــادية وحاجة اجتماعية، أما الحاجة الاقتصادية فهي تعمير الأراضي والمباني الخـــربة التي لا يستطيع الملاك تصليحها، فيؤجرونها إلى من يستطيع ذلك، ويميل المستأجر في الغالب إلى أن يكون الإيجار دائميا أو لمدة طويلة حتى يطمئن إلى أن الأموال التي سينفقها في التصليح والتعمير ستثمر ولو بعد زمن طويل ثمرة يساهم في جنـــيها، والحاجة الاجتماعية هي رغبة طبقة الملاك أن يبقوا ملاكا، مع جعل حق الملكية يتجزأ بينهم وبين من هم أكثر صلاحية منهم لاستغلالها[1].

وكذلك عقد حلول الانتفاع لزمن طويل غير أن المدة في الإجارة الطويلة معينة على حسب الخلاف بين الفقهاء وأما في حلول الانتفاع فزمن غير محدد، ويختلف كذلك الإجارة الطويلة عن حلول الانتفاع بأن الإجارة الطويلة تصح في الأملاك الخاصـــة والوقـــف، وأما حلول الانتفاع فلا يصح إلا في أرض موقوفة مبنية أو زراعـــية،وإن كان يصح عند البض في الأعيان المملوكة، إضافة إلى ذلك الإجارة الطويلـــة تسري في غير العقارات أيضا كالدواب والسفن والطائرات، وأما حلول الانـــتفاع فلا يصح إلا في العقارات فقط، وأن الأجرة في عقد حلول الانتفاع لا تتغير بخلاف الإجارة الطويلة[2].

---

١ عقد الإيجار ص: ١٩٨.

٢ انظر على سبيل المثال الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٦١٧.

خلاصة ما ورد في هذا الفصل

١- الإجارة الطويلة عبارة عن عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض.

٢- محل الإجارة المنافع وهي نوعان: أ- منفعة أشياء كمنافع الدور والثياب ب- منفعة أعمال كالخياطة والصياغة ونحوها.

٣- الأصل في عقد الإجارة اللزوم، فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد إلا لمقتض تنفسخ به العقود اللازمة.

٤- الإجارة الطويلة عقد يكتسب به صاحبه مقابل مبلغ معين، حق إحداث ما شاء من الأبنية وغرس ما شاء من الأغراس.

٥- والإجارة الطويلةحق عيني يخول لصاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير، بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض.

٦- عرفت البلاد الإسلامية الإجارة الطويلة بسبب قيام نظام الوقف.

٧- تنقسم الإجارة الطويلة إلى قسمين الإجارة الطويلة في الأوقاف والإجارة الطويلة في الأملاك الخاصة.

٨- والإجارة الطويلة كما تجوز في الأوقاف تجوز كذلك في الأملاك الخاصة، لأن المالك يصنع في ملكه ما يشاء.

٩- يجيز القانون أيضا الإجارة الطويلة إلا أنه يحددها بتسع وتسعين سنة.

١٠- تختلف الإجارة الطويلة عن الحكر بأن الأخير يقصد به استئجار الأرض المدة الطويلة للبناء أو الغراس أو أحدهما والإجارة الطويلة لا يشترط فيها أن تكون لهما بل قد تكون للزرع ولسائر أنواع استعمالات الأرض.

١١- عقد الإجارتين عبارة عن عقد تؤجر به جهة الوقف مكانا مبنيا إجارة مستمرة لغير أجل مسمى.

١٢- في عقد الإجارتين يدفع المستأجر مبلغا مقدرا على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد، ثم يدفع أجرة سنوية معلومة.

١٣- لصاحب الإجارتين الحق في استعمال العقار واستغلاله كمالك حقيقي.

١٤- أحكام عقد الإجارتين كأحكام عقد الحكر.

١٥- لا يجوز عقد الإجارتين إلا بإذن من المحكمة، ولا يقع هذا العقد إلا على أرض موقوفة.

١٦- مدة عقد الإجارتين ستون سنة.

١٧- الأجرة في عقد الإجارتين أجرة المثل.

١٨- عقد الإجارتين حق عيني لا شخصي.

١٩- ينتهي عقد الإجارتين بالأسباب التي ينتهي بها عقد الحكر.

٢٠- يختلف عقد الإجارتين عن الحكر بأن الأخير يصح في الوقف وفي الأملاك الخاصة بينما عقد الإجارتين لا يصح إلا في الوقف.

٢١- محل عقد الإجارتين على الدوام عقار مبني وأما الحكر فيجوز أن يكون محله عقارا مبنيا أو أرضا زراعية.

٢٢- في عقد الإجارتين يدفع المستأجر الأجرة مرتين، وفي الحكر لا يدفع إلا الأجرة السنوية.

٢٣- ويختلف عقد الإجارتين عن الإجارة الطويلة، بأن الأخيرة تصح في جميع الأشياء وتكون لمدة طويلة، كما تصح في الوقف وفي الأملاك الخاصة، بينما عقد الإجارتين يكون على الدوام في عقار مبني ولا يصح إلا من وقف.

٢٤- عقد حلول الانتفاع عبارة عن عقد إيجار لزمن غير محدد من جهة وقف في أرض موقوفة مبنية أو زراعية ويلتزم المستأجر بإصلاح الأرض.

٢٥- عقد حلول الانتفاع يختص بأرض موقوفة مبنية كانت أو أرضا فضاء للبناء أو الزراعة.

٢٦- لا يشترط في عقد حلول الانتفاع إذن القاضي لأنه من عقود الإدارة لا من عقود التصرف.

٢٧- يجري على عقد حلول الانتفاع أحكام إيجار الوقف لا أحكام الحكر.

٢٨- عقد حلول الانتفاع يشبه الحكر وعقد الإجارتين في فائدته الاقتصادية ويختلف عنهما:

أ- محل حلول الانتفاع العقار مبنيا أو غير مبني أو الأرض الزراعية.

ب- حق المستأجر ليس حقا عينيا بل هو حق شخصي يعطيه حق الانتفاع بالعقار بعد تحسينه.

جـ- عقد حلول الانتفاع ليس بعقد حكر فلا حاجة إلى إذن المحكمة، ولا يشهر، ولا يشترط تحديد المدة، ولا تتغير أجرته تبعا لغير أجرة المثل، والحكر والإجارة الطويلة بخلاف ذلك في كل هذه الأمور.

الفصل الثالث: في الخلو وأحكامه، وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الخلو وحقيقة ملكه.

المبحث الثاني: أنواع الخلو باعتبار العقارات والحوانيت وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حق الخلو في عقارات الأوقاف

المطلب الثاني: مقدار الأجرة التي يدفعها صاحب الخلو

المطلب الثالث: أحوال نشوء حق الخلو في عقارات الأوقاف

المبحث الثالث: الخلو في أراضي بيت المال وكيفية توارث هذه الأراضي.

المبحث الرابع: الخلو في الأملاك الخاصة وأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر آخر.

المبحث الخامس: بيع صاحب الخلو خلوه وتصرفه فيه

المبحث السادس: شفعة صاحب الخلو وإرث الخلو.

الفصل الثالث

الخلو وأحكامه وفيه ستة مباحث

المبحث الأول

تعريف الخلو وحقيقة ملكه

الخلو لغة مصدر خلا، يقال خلا المكان أو الإناء خلوّا وخلاء إذا فرغ مما به، وخلا المكـــان من أهله وعن أهله، وخلا فلان من العيب: برئ منه. وخلا بصاحبه خلوا، وخلوة وخلوّا وخلاء انفرد به في خلوة، وأخلى له الشيئ: فرغ له عنه، وأخلى المكان والإناء وغيرهما: جعله خاليا[1].

والخلو في الإصطلاح يكون بمعنيين:

الأول: الخلـــو بمعنى الانفراد يقال: خلوت بنفسي أو خلوت بفلان والخلو أيضا: الانفراد بالزوجة، بأن يغلق الرجل الباب على زوجته وينفرد بها. وأكثر ما يسمى هذا النوع خلوة، ولذا تنظر أحكامه تحت عنوان: (خلوة).

والـــثاني: وليس معروفا في كتب اللغة، ولكن يوجد بهذا المعنى في كتب متأخري الفقهـــاء فـــإنهم يستعملونه بمعنى المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعـــه إلى الناظر لتعمير الوقف إذا لم يوجد ما يعمر به. على أن يكون له جزء من مـــنفعة الوقف، معلوم بالنسبة كنصف أو ثلث، ويؤدي الأجرة لحظ المستحقين عن الجزء الباقي من المنفعة وينشأ ذلك بطرق مختلفة.[2]

وعرفه الزرقاني[3] بتعريف أعم فقال: هو اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع

---

[1] لسان العرب مادة (خلا) ١٤/ ٢٣٧ وما بعدها، والمعجم الوسيط المادة (الخلو) ١/ ٢٥٣-٢٥٤

[2] الموسوعة الفقهية ١٩/ ٢٧٦.

[3] هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، أبو محمد من أهل مصر، فقيه إمام محقق، كان مرجع المالكية

في مقابلتها الدراهم[1].

وأطلق الخلو أيضا على حق مستأجر الأرض الأميرية في التسمك بها إن كان له فيها أثر من غراس أو بناء أو كبس بالتراب على أن يؤدي ما عليها من الحقوق لبيت المال، وهذا النوع الثاني سماه بعض متأخري المالكية خلوّا وفي أكثر كلام الشيخ عليش قال: هو ملحق بالخلوّ، وقال في موضع: يكون خلوّا، ووقع في بعض كلامه إطلاق الخلو على نفس البناء والغرس ونحوهما، الذي يقيمه من بيده عقار وقف أو أرض أميرية[2]

وفي كلام الدسوقي مثل ذلك: ويكون الخلو في العقارات المملوكة أيضا[3]

ولعل أصل استعمال لفظ الخلو بهذا الاصطلاح أنه أطلق أولا على خلوّ العقار أي إفراغه والتخلي عنه لغير من هو بيده[4].

وأطلق على البدل النقدي الذي يأخذه مالك هذا الحق مقابل التخلي عنه، ثم أطلق على المنفعة المتخلّى عنها نفسها. وقد وقع بهذه المعاني كلها في كلام الشيخ عليش[5].

وقد ذكر البناني[1] في حاشيته على شرح الزرقاني أن الخلو في الأوقاف سماه شيوخ المغاربة في فاس بالجلسة[2].

والفضلاء ولد عام ١٠٢٠هجري وتوفي عام ١٠٩٩ هجري. من تصانيفه: " شرح على مختصر خليل"، و " شرح على مقدمة العزية للجماعة الأزهرية" وكلاهما في الفقه المالكي.

(راجع شجرة النور الزكية ص ٣٠٤، وخلاصة الأثر ٢/ ٢٨٧، ومعجم المؤلفين ٥/ ٧٦).

[1] الزرقاني ٦/ ١٢٧

[2] انظر الفتاود الهندية ٥/ ٦١، وقانون العدل والإنصاف لقدري باشا "مادة ٣٦٠ –٣٦١" ومرشد الحيران مادة ٥٩٨، والفتاوى الخيرية ٢/ ١٩٨، وفتح العلي المالك ٢/ ٢٤٣- ٢٤٥ –٢٤٦ –٢٤٧.

[3] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٣٢- ٤٦٧.

[4] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠

[5] انظر فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠.

وقـــال عبد الحي اللكنوي [٣]: " خلوّ الدور والحوانيت الذي قد راج في كثير من الـــبلدان مـــن بـــيع خلوّ الدور والحوانيت، والخلو عبارة عن حق القرار في دار أو حانوت، فربما يؤجر صاحب البناء بناءه لمدة طويلة، فيأخذ من المستأجر مبلغا مقطوعا عـــند عقد الإجارة زيادة على أجرته الشهرية أو السنوية، وبدفع هذا المبلغ يستحق المســـتأجر أن يبقى على إجارته مدة طويلة، ثم ربما ينقل المستأجر حقه هذا إلى غيره، فيأخذ منه مبلغا يستحق به عقد الإجارة مع صاحب البناء، وإذا أراد المالك استرداد بـــنائه مـــن المستأجر لزمه أن يؤدي إليه مبلغا يتراضى عليه الطرفان، وإن هذه المبالغ كـــلها تسمى (خلوا) أو (جلسة) في شتى البلاد العربية، و (پگري) و (سلامى) في ديارنا.

وعرفه الدكتور عبد الله جولم عمري[٤]: " هو أن يطالب المؤجر المستأجر بمال زايد على أجرة معينة (شهرية أو سنوية) في مقابل إخلاء الدار له والتسليم إليه.

وليس له اعتبار مستقل عن الأجرة الشهرية أو السنوية عند الفقهاء بل هو معدود مـــنها، وعـــلى هـــذا لو انعقد الإيجار لمدة سنة على أن يدفع المستأجر المؤجر أربعة وعشـــرون ألفـــا دفعة واحدة كبدل الخلو في بداية العقد، وألفا في كل شهر كأجرة

---

١ هو محمد بن الحسن بن مسعود بن علي، أبو عبد الله البناني، فقيه منطقي مشارك في بعض العلوم، كان خطيبا في فاس، ولد عام ١١٣٣هجري وتووفي ١١٩٤هجري، من تصانيفه: " الفتح الرباني" حاشية على شرح الزرقاني على متن خليل في الفقه المالكي و " حاشية على شرح السنوسي" و " شرح على السلم" كلاهما في المنطق.

(معجم المؤلفين ٦/ ٢٢١، والأعلام ٦/ ٣٢٣، وهداية العارفين ٢/ ٣٤٢).

٢ البناني على شرح الزرقاني ٦/ ١٢٨.

٣ بحوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني قاضي التمييز الشرعي بالمحكمة العليا الباكستاني ونائب رئيس دار العلوم كراتشي ص ١٠٧ الطبعة الأولى سنة ١٤١٥ مكتبة دار العلوم كراتشي.

٤ جديد فقهي مباحث ١/ ١٤٣ترتيب مولانا مجاهد الإسلام قاسمي، تأثرات : مولانا سيد أبو الحسن الندوي، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي سنة الطبع ١٩٩٤م.

شـــهرية، فيعتبر عند الفقهاء أن الإيجار ثلاثة ألاف شهريا فلو انفسخ العقد بعد ثلاثة أشـــهر يلـــزم على المؤجر أن يرد إلى المستأجر ثمانية عشر ألفا مما كان استلمه دفعة واحدة[1]

وعرفه قدري باشا بأن الخلو المتعارف في الحوانيت هو أن يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدرا معينا من الدراهم ثم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شـــرعيا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا إجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم[2].

وقـــال الدكـــتور وهبة الزحيلي: " إن ما يؤخذ اليوم مما يسمى (بالفروغ أو خلو الرجل أو اليد) هو أن يأخذ المالك المؤجر من المستأجر مقدارا مقطوعا من المال مقابل الخلـــو أو الفروغ، ويعد المأخوذ جزءا معجلا من الأجرة المشروطة في العقد، وأما ما يدفـــع في المســـتقبل شهريا أو سنويا فهو بالإضافة إلى ما تم تعجيله يعد جزءا آخر مكملا من الأجرة مؤجل الوفاء[3].

وبعـــد عرض هذه التعاريف يظهر لي أنها متقاربة في المعنى وإن اختلفت في بعض الألفاظ وجميع هذه التعريفات تعتبر تعريفات رسمية كل واحد ذكر معنى الخلو، لأن كلمة الخلو كما قال عبد الحي اللكنوي كلمة مستحدثة لم يعرفها أصحاب القواميس القديمة بل والحديثة أيضا لم يتعرضوا لها، ومن هنا يتبين دقة الفقهاء القدامى في إيراد الألفـــاظ وكيفية استخدامها، لأن من شرط التعريف الحقيقي أن يكون مشتملا على الجنس والفصل القريبين، وقلما يراعي العلماء المعاصرون هذه الأمور، ومع ذلك نقول

---

[1] انظر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بجدة في جمادي الأخرة سنة ١٤٠٠هـــ

[2] مرشد الحيران المادة ٧٠٨.

[3] الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٧٥١.

أن تعريف بعض العلماء يشمل فقط الخلو في الأراضي والحوانيت الموقوفة مثل تعريف مرشد الحيران وهذا ناقص جدا لأن الخلو كما يكون في الأراضي والحوانيت الموقوفة كذلك يكون في الحوانيت والعقارات الخاصة أيضا بل الآن أكثر ما يتعامل به الناس إنما هو في الأملاك الخاصة[1].

حقيقة ملك الخلو

اخـــتلف العلماء في حقيقة ملك الخلو اختلافا كثيرا وهذا الاختلاف راجع إلى أن المســـألة لم تكـــن معروفة في القديم وإنما هي من المسائل المستحدثة فلذا من عرفها بحكمها ومنهم من عرضها متداخلة بغيرها من المسائل ولكن مما لا شك فيه أن الخلو الـــذي يؤخـــذ في مقـــابل إجارات العقار هو من المسائل الحديثة حيث أن التطور الصـــناعي والتجاري أدى إلى شيوعها وتطورها، وفي هذا الصدد يقول طاهر بيگ أحـــد علماء الهند المعاصرين: إن مسألة الخلو الذي يؤخذ في مقابل إجارة الحوانيت والعقارات إنما هي من المسائل التي روجت في عصرنا بسبب تطور الصناعة والتجارة، وأغلـــب مـــا يستعمل الخلو في المناطق المتطورة صناعية وتجارية، وأما المناطق التي لا زالـــت في أول الـــنمو والمناطق البعيدة عن التمدن فلا زال يستعمل فيها الإجارات العاديـــة، والخلـــو عبارة عن دفع ا لأجرة معجلا إضافة إلى تلك الأجرة المعروفة التي تدفع شهريا أو سنويا[2].

---

[1] ولا شك أن الخلو كلمة مولدة لم أجدها بهذا المعنى في المعاجم المعروفة، حتى في المعاجم الحديثة التي تعني ببيان الاستعمالات الجديدة للكلمات القديمة، و لم أطلع على ضبطها الدقيق، ولكن المعروف "الخلو" بضم الخاء واللام وتشديد الواو، ويحتمل أن يكون الخلو بكسر الخاء وإسكان اللام وتخفيف الواو، بمعنى المكان الخالي والله أعلم (انظر بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٠٧.)

[2] جديد فقهي مباحث ١/٦٧

وأما وقت نشأته فقد عجز تاريخ الأدب عن إيراد وقت نشأته، ولكن مع ذلك قد سلم بوجود هذه المسألة ويقال لها في الإنجليزية (PREMIUM RWNT).

والخلـــو نوع من الأجرة ولكن أجرة إضافية وغير مردودة وكذلك هو فائدة مالية لمـــالك العقـــار يأخذهـــا من المستأجر قانونا، إما دفعة أو على أقساط (وليس عقدا شكليا) يبدأ من المؤجر، يأخذها من المستأجر إضافة إلى تلك الأجرة التي يأخذها في مقابل العقار[1].

وقال عبد الحي اللكنوي[2]: " وأصل الحكم في هذا الخلوّ عدم الجواز، لكونه رشوة أو عوضـــا عن حق مجرد، ولكن أفتى بعض الفقهاء بجوازه، وأول من عرف بتجويز الخلو العلامة ناصر الدين اللقاني[3]- رحمه الله – من علماء المالكية في القرن العاشر، ثم تبعه جماعة، قال ابن عابدين رحمه الله:

" وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك، والحال أنه ليس فيه نص عـــنه، ولا عـــن أحد من أصحابه، حتى قال القرافي[4]من المالكية: إنه لم يقع في كلام

---

[1] المصدر نفسه ١/ ٦٩.

[2] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٠٨.

[3] هو محمد بن حسن اللقاني ناصر الدين، أبو عبد الله من أهل مصر ولد سنة ٨٧٣هجرية كان فقيها مالكيا وأصوليا، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر بعد موت أخيه الشمس اللقاني، واستفتى من سائر الأقاليم، توفي سنة ٩٥٨ هجرية، له طرر"حواش" على التوضيح، وحاشية على شرح المحلى على جمع الجوامع. (شجرة النور الزكية ص ٢٧١، ومعجم المؤلفين ١١/ ١٦٧، ومعجم المطبوعات العربية المعرّبة ص ١١٢٩).

[4] هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن أبو العباس، شهاب الدين القرافي، أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب، نسبته إلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة فقيه مالكي مصري المولد والمنشأ والوفاة ولد سنة ٦٥٦ هجرية وتوفي سنة ٦٨٤هجرية، وانتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، من تصانيفه: "الفروق في القواعد الفقهية" و " الزخيرة في الفقه" و " شرح تنقيح الفصول في الأصول" و" الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام" (انظر الديباج ص ٦٢ وشجرة النور ص ١٨٨).

الفقهاء التعرض لهذه المسألة، وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي، بناها على العرف وخرجها عليه، وهو من أهل الترجيح، فيعتبر تخريجه وإن نوزع فيه، وقد انتشرت فتياه في المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول[1].

وأما الحنفية فقد استدل بعضهم على جواز الخلو بمسألة في الفتاوى الخانية، وهي:

" رجـــل باع سكنى له في حانوت لغيره، فأخبر المشتري أن أجرة كذا، فظهر أنها أكثر من ذلك قالوا: ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب"[2]

فـــزعم المســـتدلون أن المراد بالسكنى في هذه المسألة هو عين الخلوّ، ولكن حقق الشرنبلالي[3] أن المراد بالسكنى عين مركبة في الحانوت، وهي غير الخلوّ، فلا يصح أن يستدل به على جواز الخلوّ عند الحنفية، فشراء السكنى شراء لا للخلوّ[4].

هذا وسوف نذكر أحكام الخلوّ بالتفصيل عندما نذكر كل قسم من أقسام الخلو

وقـــال مولانـــا قاضي مجاهد الإسلام قاسمي عن حقيقة الخلوّ وملكه :" الأصل في إجـــارة العقـــارات والحوانيت أن يكون العقد لمدة معينة، وأن تكون الأجرة معينة، فيجـــب عـــلى المستأجر دفع الأجرة ويجب على المؤجر تمكين المستأجر من منفعة عين المستأجرة، وبناء على هذا يبقى ملكية العين للمالك، ومنفعة العين يملكها المستأجر.

---

[1] رد المحتار على الدر المختار ٥/٥٢١

[2] الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢/ ٣٠٧.

[3] هو الحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي، فقيه حنفي مكثر من التصنيف، نسبته إلى شبري بلولة "بالمتوفيه" جاء به والده منها إلى القاهرة وعمره ست سنوات فنشأ بها ودرس بالأزهر، وأصبح المعول عليه في الفتيا، ولد سنة ٩٩٤ه وتوفي سنة ١٠٦٩ه من كتبه: "نور الإيضاح" في الفقه، و شرحه "مراقي الفلاح" و" غنية ذوي الأحكام" و"حاشية على درر الحكام" لملا خسرو. (راجع: الأعلام للزركلي ٢/٢٥٥، وخلاصة الأثر ٢/ ٣٨).

[4] انظر بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٠٨-١٠٩.

والأجـــرة إما أن تدفع يوميا، أو شهريا أو سنويا، والعرف الجاري عندنا أن أجرة الفنادق ١٠٠روبية لكل يوم تدفع يوميا، وأجرة الحوانيت والبيوت تدفع شهريا، وأما أجرة الشركات فتدفع سنويا.

ويشترط لصحة عقد الإجارة أن يكون المعقود عليه معلوما والأجرة معلومة، وإذا لم تعـين المـدة فالمنافع تبقى مجهولة، وإن كان العرف أو بقية العوامل تعين المدة فلا يفســد العقــد مثل إجارة الأسواق في القرى والضواحي حيث تكون المدة في هذه الأســواق يومــان في كــل أسبوع، أو كان هناك أسبوعا معينا في كل سنة لمعرض البضائع ففي هذه الصور يتعين المدة بالعرف.

وأجرة الحوانيت والعقارات لها عدة صور:

الصــورة الأولى: الإجارة لمدة معينة وبعد انتهاء المدة إما أن يترك المكان أو يجدد العقــد (RENEWAL) وفي هذه الصور لم تجر العادة بإعطاء بدل الخلو، وإن طلب مــن المستأجر جزء من الأجرة معجلة (ADVANCE) ثم يطلب منه أن يدفع الأجرة شهريا ويسمى هذا (SECORITY DEPOSIT) وبعد انتهاء الإجارة يرد هذه الأجرة إلى المستأجر.

وهذه الأجرة المعجلة مثل الشيئ المرهون يؤخذ للاحتياط حتى يقوم المستأجر بدفع الأجرة كل شهر وعند انتهاء الإجارة يخلي المكان، ويجوز في الرهن أن يكون المرهون دراهم ودنانير ولكن لا يجوز للمرتهن أن يستفيد من المرهون، لأنه أمانة، إلا أن هذا المــرهون ليس في مقابل القرض الذي يدخل تحت القاعدة "كل قرض جر نفعا فهو ربا"هذا لا يدخل تحت هذه القاعدة، والشئ الثاني أنه متى ما دفع المستأجر بدل الخلو الذهب أو الفضة فعلى المؤجر أن يرد نفس الذهب أو الفضة ولكن العادة في عصرنا قــد جرت أن المستأجر يدفع العملة الورقية، ولا فرق بين عملة وعملة أخرى، فهل

يجب على المرتهن أن يرد نفس العملة التي أخذها من الراهن، أم يدفع مثلها؟ ثم إذا ضاع منه هذه العملة فهل المرتهن ضامن أم لا؟ في هذه الصورة إذا أخذ المؤجر مثلا ألف روبية بدل الخلو بشكل (DEPOSIT) فعند انتهاء مدة الإيجار يجب عليه أن يرد عين المبلغ لأن هذا المبلغ أمانة مثل الشيئ المرهون كما أشرنا إلى ذلك ولا يصح التصرف في الأمانات فلذا عليه أن يرد عين المبلغ الذي أخذه عملا بالقاعدة الغرم بالغنم، ولأنه لا يجوز للمؤجر أن يتصرف في المال الذي أخذه في مقابل لكونه أمانة الخلو(DEPOSIT).

وتحت هذه الصورة تدخل مسألة أخرى وهي أنه في بعض الحالات يقوم المستأجر بإيجار المكان أو الحانوت الذي استأجره لمستأجر أخر ويطلب منه بدل الخلو أو الضمان (SECORITY) أو (DEPOSIT) مثل ما دفعه إلى المالك، وهذا يجوز لأن الفقهاء يعطون للمستأجر هذا الحق لأنهم يقولون يجوز للمستأجر أن يستعمل الشئ المستأجر بنفسه وله أن يعطيه لغيره[1] بشرط أن لا يختلف نوعية الاستعمال وأن لا يؤدي استعمال المستأجر الثاني إلى نقصان المبنى أو العقار، وعند انتهاء المدة يأخذ المستأجر الثاني بدل الخلو (SECORITY) من المستأجر الأول، والمستأجر الأول يأخذه من المالك.

[1] ذكر الدكتور وهبة الزحيلي أن الإجارة عبارة عن تمليك المنفعة بعوض، وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره مجانا أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه، فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.
(الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٦٠).
وقال عبد الله بن محمود الموصلي: " وإن استأجر دارا أو حانوتا فله أن يسكنها ويسكنها من شاء ويعمل فيها ما شاء من وضع المتاع وربط الحيوان وغيره وإن لم يسم ذلك، لأن المقصود المتعارف من الدور والحوانيت ذلك، ومنافع السكنى غير متفاوتة في ذلك. (الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٥٢).

بناء على هذا ففي الإجارة المعينة كل ما يؤخذ زيادة على الأجرة المعينة التي تدفع كل شهر أو سنة يعتبر الخلو.

الصورة الثانية: كان في القديم مالك العقار يؤجر عقاره مقابل أجرة معينة ولا يعين المـــدة، وهـــذه العادة جارية حتى اليوم في المدن والقرى الصغيرة، ثم يزاد في الأجرة حســـب الـــتفاهم بين المؤجر والمستأجر كلما دعت إلى ذلك حاجة، وحين يطلب المـــالك من المستأجر إخلاء المكان كان المستأجر يخلي مكانه من غير نزاع، ولكن لما كـــثرت الحاجة إلى حوانيت الاستئجار وقلت الحوانيت،وارتفعت الأجور، ولا يمكن زيـــادة الأجـــرة يومـــيا أو شهريا أو حتى سنويا، لأنه يؤدي إلى المنازعة بين المالك المســـتأجر، حيث أن المالك يريد إخلاء الحانوت والمستأجر بحاجة إلى الحانوت ولا يمكن إخلاؤه في فترة وجيزة كل هذه الأمور أدت إلى شيوع الخلو.

وعلى كل حال فمالك الحانوت أو العقار إذا لم يعين المدة فلا يخلو من حالتين، إما أن قصده من ذلك أنه متى أراد إخلاء عقاره فيطلب من المستأجر إخلاءه، فيفرغه له، و لم يكـــن قد أخذ الخلو في هذه الحالة بل اكتفى بالأجرة سواء أخذ أجرة معجلة أم لا؟ وإمـــا أنه قد أجره لمدة طويلة، وأخذ بدل الخلو أيضا، إلا أنه متى ما أخذ المالك الخلـــو معناه أنه صار مالكا لرقبة العين، وباع حق الانتفاع أو السكن، ويثبت حق الانتفاع للمسأجر، وينتقل هذا الحق إلى ورثته، وهكذا يستطيع المستأجر أن يبيع هذا الحـــق، ومـــن هـــنا روجت هذه المسألة حيث أن المالك يبقي حق الرقبة ويبيع حق الانتفاع، وإذا أخذ بدل الخلو و لم يعين المدة معناه أنه قد أجره لمدة طويلة.

وخلاصـــة هـــذا الكلام أن العلماء قسموابدل الخلو إلى قسمين الأول: أن يطلب المؤجـــر من المستأجر جزءآمن الأجرة معجلاً (ADVANCE) ثم يطلب منه أن يدفع الأجرة شهريا ويسمى هذا (SECORITY DEPSIT) وبعد انتهاء الإجارة يرد هذه

الأجرة إلى المستأجر، وحكم هذه الصورة سوف نذكره عند بيان أحكام الخلو، وأن أغلب الفقهاء قد أجازها.

الثاني: أن يستأجر المكان لمدة طويلة ويأخذ بدل الخلو من المستأجر عند عقد الإجارة زيادة على أجرته الشهرية أو السنوية، وبسبب دفع هذا المبلغ للمستأجر أن يبقى على إجارته مدة طويلة حيث أن المالك قد باع حق الانتفاع أو السكن، ويثبت هذا الحق للمستأجر ويبقى للمالك رقبة العين فقط.

نشأة الخلو:

يقول الشيخ قاضي مجاهد الإسلام قاسمي: يظهر من كتب الفقه أن الخلو قد نشأ منذ زمن بعيد، حيث أن الخلو روج حين تطورت الأسواق وزادت المباني والقصور، ويشير إلى ذلك العلامة ابن نجيم المصري المولود عام ٩٢٦ه حيث أورد هذه المسألة تحت قاعدة العرف العام والخاص فقال: " ويصير الخلو في الحانوت حق له فينبغي الجواز، وقد اعتبروا في عرف القاهرة"[١]. فالخلو إذا حق المستأجر وليس حق ا لمالك، ولا يستطيع المالك أن يخرج المستأجر من الحانوت أو العقار، ولا يستطيع كذلك أن يؤجره لغيره ولو كان الحانوت أو العقار عينا موقوفة.

تبين من هذا أن الخلو قد نشأ في بداية القرن العاشر، وراج لأول مرة في القاهرة، ثم كتب الفقهاء حول هذا الموضوع وراج في بقية البلدان وأصبح الآن معروفا في أكثر البلدان والأسواق الكبرى[٢].

---

١ الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر ٤/ ٣٦٠ سنة الطبع ١٤٠٧ه – ١٩٨٧م إدارة القرآن كراتشي باكستان

٢ جديد فقهي مباحث ١/ ٨٠-٨٥.

وقال مفتي حبيب الرحمن خيرآبادي[1] أحد علماء الهند المعاصرين:

" الحمـــد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين: قد اشتهرت في هذه الأواخر مسألة الخلو في أكبر الأسواق في العالم، لأنـــه بغـــير بدل الخلو لا يترك المالك المستأجر في الحانوت لفترة طويلة ولا يخليها المستأجر بسهولة، وهكذا المستأجر لا يؤجره للآخر بغير الخلو.

وأصـــبح الآن إذا صرف المالك في بناء العمارة مليون روبية ثم أجره للآخر واخذ عـــنه بـــدل الخلو قد انتقل جميع الحقوق إلى المستأجر ما عدا حق الرقبة، ولم يبق له ســـوى الورقـــة الرسمـــية التي كتب فيها اسمه أنه مالك لهذا العقار، ولا يستطيع أن يتصـــرف في هذا الملك كما يتصرف الإنسان في ملكيته، بل وجميع المنافع والفوائد انتقلت إلى المستأجر، والمستأجر يستطيع انتقال هذه الملكية إلى الآخر بغير إذن المالك الأصـــلي، بل ويستطيع أن يأخذ الأجرة من الآخر أكثر مما يدفعها إلى المالك، وهذا الأمر في أغلب الأحيان يؤدي إلى المشاكل والنزاعات حيث أن المالك يصرف آلاف الروبيات ثم ينقل المكية إلى الآخر، والمستأجر الأول كذلك ربما يصرف بعض الأموال في تصليحه وترميمه ثم ينقل أيضا الملكية إلى رجل ثالث، وفي الأخير يندم كل واحد على صنعه.

وفي الحقـــيقة بـــدل الخلو عوض عن حق الدخل، وهذا الحق شئ معدوم، وبيع المعدوم ليس قابلا للبيع، والفقهاء يعتبرون بيع المعدوم باطلا، يقول ابن عابدين: " بيع المعدوم باطل".

حـــق دخل الحانوت أو العمارة من الحقوق المجردة، والحقوق المجردة ليس لها أي عـــوض، وأرجـــح الأقوال عند الفقهاء أن بيع هذه الحقوق لا يجوز، يقول ابن نجيم

---

[1] المصدر نفسه ١/ ٩٥.

حول هذا الموضوع: " الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها كحق الشفعة فلو صالح عنه بمال بطلت ورجع به، ولو صالح المخيرة بمال لتختار بطل فلا شئ لها[1]، وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالأقاف[2].

وهكذا أفتى ابن نجيم ببطلان بيع الجامكية (أي بيع الوظيفة مثل بيع الموظف راتبه) لأن بيع الدين إنما يجوز من المدين[3].

وكذلك بيع البراءات التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح[4].

وعلة عدم جواز هذه البيوع هي أن جميع هذه الأشياء معدومة وغير مملوكة، وبيع المعــدوم وغير المملوك باتفاق الفقهاء لا يجوز، لأن كل هذه البيوع خلاف للقواعد العامة، ولكن كل القواعد لها استثناءات (EXEPYION) وجميع الفقهاء اتفقوا على عــدم جــواز بيع الحقوق المجردة ولم يستثن منها شيئ، وأما حق القصاص، وملك النكاح، وحق العبد فقد أخرجوها عن الحقوق المجردة، لأنه باتفاق الفقهاء يجوز أخذ العوض مقابل هذه الحقوق، والحال أن هذه من الحقوق المجردة داخلة تحت القاعدة " وإن عدم الاعتياض عن الحق ليس على إطلاقه"[5].

وقال العدوي من المالكية: " اعلم أن الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه، قال: والفرق بينهما أن مالك الانتفاع يقصد ذاته مع وصفه، كإمام وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور، بخلاف مالك المنفعة، ثم إن من ملك

---

1 الأشباه والنظائر ص ٢٩٩ طبع ديوبند

2 حاشية ابن عابدين ٥/ ٥١٧

3 الأشباه والنظائر ص ٣٠٠.

4 حاشية ابن عابدين ٥/ ٥١٨

5 المصدر نفسه ٥١٨/٥

الانـــتفاع وأراد أن ينـــتفع غيره به، فإنه يسقط حقه منه ويأخذه الغير على أنه أهله حيث كان من أهله، والخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث"[1].

وصرح البهوتي[2] من الحنابلة كذلك بأن الخلو المشترى بالمال يكون من باب ملك المنفعة[3].

تــبين من هذه الأقوال أن صاحب الخلو يستطيع أن ينتفع بنفسه وله أن يؤجره، ويعـــيره، فحقه كما ذكر العلماء حق المنفعة لا حق الانتفاع، وقد ذكر العدوي أن الفرق بينهما، أنه في حق الانتفاع لا يستطيع أن يؤجره لغيره، أو يعيره، ولا كذلك يرث عنه وأما في حق المنفعة فيصح كل هذه الأمور.

وأما أحكام ملك الخلو فنذكرها حين نتعرض لأقسامه، لأن حكم كل قسم يختلف عن الآخر.

---

١ العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩، وانظر الزرقاني أيضا أول باب العارية ٦/ ١٢٧ -١٢٨.

٢ هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، فقيه حنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عهده، نسبته إلى "بهوت" في الغربية بمصر ولد عام ١٠٠٠هجري وتوفي ١٠٥١هجري، له " الروض المربع بشرح زاد المستقنع المختصر من المقنع" و" كشاف القناع عن متن الإقناع" للحجاوي، و"دقائق أولى النهى لشرحالمنتهى" وكلها في الفقه. (انظر الأعلام للزركلي ٨/ ٢٤٩، وخلاصة الأثر ٤/ ٤٢٦، وخطط مبارك ٩/ ١٠٠).

٣ مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٠.

المبحث الثاني:

أنواع الخلو باعتبار العقارات والحوانيت

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

حق الخلو في عقارات الأوقاف:

ينشأ الخلو في عقارات الأوقاف في أحوال منها:

أن ينشأ باتفاق بين الواقف أو الناظر وبين المستأجر.

وهذه الحال لم نجد في كلام الشافعية تعرضا لها، وقد قال بها متأخرو المالكية وبعض متأخري الحنابلة ونقلها عن المالكية متأخرو الحنفية.

قال العدوي من المالكية: اعلم أن الخلو يصور بصور منها:

الصورة الأولى: أن يكون الوقف آيلا للخراب، فيؤجر ناظر الوقف لمن يعمره بحيث يصير الحانوت مثلا يكري بثلاثين دينارا في السنة، ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر، فتصير المنفعة مشتركة بين المكتري وبين جهة الوقف، وما قابل الدراهم المصروفة في التعمير هو الخلو، قال: وشرط جوازه أن لا يوجد للوقف ريع يعمر به الوقف.

الصورة الثانية: أن يكون لمسجد مثلا حوانيت موقوفة عليه، واحتاج المسجد للتكميل أو العمارة، ولا يكون الريع كافيا للتكميل أو العمارة، فيعمد الناظر إلى مكتري الحوانيت فيأخذ منه قدرا من المال يعمر به المسجد، وينقص عنه من أجرة الحوانيت مقابل ذلك، بأن تكون الأجرة في الأصل ثلاثين دينارا في كل سنة، فيجعلها

خمســة عشــر فقط في كل سنة، وتكون منفعة الحوانيت المذكورة شركة بين ذلك المكتري وبين جهة الوقف، وما كان منها لذلك المكتري هو الخلو، والشركة بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو وناظر الوقف على وجه المصلحة.

الصــورة الثالــثة: أن تكون أرض موقوفة و لم يكن هناك ريع تعمر به وتعطلت بالكلية على ما ذكره الدردير فيستأجرها من الناظر ويبني فيها أي للوقف، دارا مثلا عــلى أن علــيه لجهة الوقف في كل شهر ثلاثين درهما، لكن الدار بعد بنائها تكري بستين درهما، فالمنفعة التي تقابل الثلاثين الأخرى يقال لها الخلو[1].

قال الشيخ عليش في الصورة الثالثة: هذا الذي أفتى به علماؤنا ووقع العمل به من غير نزاع، قال: ويجب تقييد هذا بما إذا بيّن الملكية (أي ثبت بالبينة على أنه ينوي أنه يملك ما يقابل البناء أو الغرس وهو حق الخلو وأنه لم يبنه متبرعا به للوقف) قال: أما إن بــين التحبيس، أو لم يبين شيئا فالبناء والغرس وقف على المشهور، لا حق فيهما لورثة الباني والغارس، لأن المحبس عليه إنما بنى للوقف، وملكه فهو محوز بحوز الأصل.

وهذه الصورة هي في حال بناء الموقوف عليه ونحوه أو غرسه في الأرض الموقوفة، أما لو بنى الأجنبي في الوقف شيئا فإنه يكون ملكا، والغرس كالبناء، وإذا كان ملكا فله نقضه أو قيمته منقوضا إن كان في الوقف ما يدفع منه ذلك، هذا إن كان ما بناه لا يحتاج إليه الوقف، وإلا فيوفى ثمنه من الغلة قطعا، بمترلة ما إذا بناه الناظر[2].

الصورة الرابعة: أن يريد الواقف بناء محلات للوقف، فيأتي له أشخاص يدفعون له دراهــم عــلى أن يكون لكل شخص محل من تلك المحلات يسكنها بأجرة معلومة يدفعها كل شهر، فكأن الواقف باعهم حصة من تلك المحلات قبل التحبيس وحبّس

---

[1] العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩ طبع بيروت دار صادر، والشرح الكبير مع الدسوقي ٣/ ٤٦٧.

[2] فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٣ -٢٤٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٢٣.

الـــباقي، فليس للواقف تصرف في تلك المحلات، لكن له الأجرة المعلومة كل شهر أو كل سنة، وكأن دافع الدراهم شريك للواقف بتلك الحصة.[1]

وقـــال خيرالديـــن الرملي الحنفي[2] في مثل هذه الصورة الرابعة: " ربما بفعله تكثر الأوقاف، ومما بلغني أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار، ولم يصرف عليه مـــن مالـــه الدراهم والدينار، بل فاز بقربة الوقف، وفاز التجار بالمنفعة، وكان النبي صلى الله عليه وسلم: يحب ما خفف على أمته[3] ، والدين يسر ولا مفسدة في ذلك في الدين"[4].

الصورة الخامسة: تضاف إلى الصور التي ذكرها العدوي (صورة أخرى) وهي: أن يشتري حق الخلو شراء من الناظر ولو لمصلحة الموقوف عليهم من غير أن يكون النفع يحتاج إليه الوقف نفسه، فظاهر كلام العدوي نفسه وكلام غيره عدم صحة ذلك في الوقف كما يأتي في شروط صحة الخلو، ووجهه والله أعلم أنه يكون كبيع جزء من العقار الموقوف، إذ أن قيمته تقل إذا كان محملا بذلك الحق، وجاز في الصور الأربع السابقة لأنه يكون قد نقص من الوقف ليعيده فيه مع حاجة الوقف إلى ذلك، ولذلك فإن الحنابلة لما أجازوا بيع الوقف إذا خرب وتعطل، قال البهوتي: الخلوات المشهورة

---

[1] فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٩- ٢٥٠.

[2] هو خير الدين بن أحمد بن نور الدين على الأيوبي العليمي الفاروقي الرملي، ولد سنة ٩٩٣ هجرية بالرملة (بفلسطين) ونشأ بها، فقيه حنفي، مفسر، محدث، لغوي، ومشارك في أنواع من العلوم، رحل إلى مصر ودرس بالأزهر ثم عاد إلى بلده، وأخذ في التعليم والإفتاء والتدريس، أخذ عنه العلماء الكبار والمفتون والمدرسون توفي سنة ١٠٨١هجرية، من تصانيفه: " الفتاوى الخيرية لنفع البرية" و" مظهر الحقائق الخفية من البحر الرائق" في فروع الفقه الحنفي، و"حاشية على الأشباه والنظائر".
(خلاصة الأثر ٢/ ١٣٤، ومعجم المؤلفين ١٣٢/٤، والأعلام ٤/ ٣٧٤).

[3] " كان يحب ما يخفف على أمته" يستنبط ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم " يسروا ولا تعسروا" أخرجه البخاري، انظر الفتح ١٠/ ٥٢٤ الطبعة السلفية من حديث أنس بن مالك.

[4] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠.

ممكن تخريجها عندنا من هذه المسألة- أي مسألة بيع الوقف الخرب- مع ما تقدم من جواز بيع المنفعة مفردة عن العين كعلو بيت يبني عليه، إذا العوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة، فإذا كانت أجرة الدار عشرين مثلا، ودفع لجهة الوقف شيئا معلوما على أن يؤخذ منه عشرة فقط فقد اشترى نصف المنفعة وبقي للوقف نصفها، فيجوز ذلك في الحالة التي يجوز فيها بيع الوقف، بل هذا أولى، لأن فيه بقاء عين الوقف في الجملة.

ونقل هذا صاحب مطالب أولي النهى و لم يعترض عليه.[1]

وواضح أن البهوتي لا يرى جواز إنشاء الخلو بمال على الإطلاق، بل إنما يجوز بيع الوقف لإصلاح باقيه، وحاصل شروط ذلك عند الحنابلة أنه يصح بيع بعض الوقف لإصلاح باقيه إذا لم تمكن إجارته وأن يتحد الواقف والجهة إن كانا عينين فتباع إحداهما لإصلاح الأخرى، أو كان عينا واحدة يمكن بيع بعضها لإصلاح باقيها.[2]

واستقرار المستأجر في عقار الوقف المدة الطويلة لا يعطيه ذلك حق الخلو، ولا يلزم الناظر أن يؤجره له بل له أن يخرجه إن شاء متى انتهت إجارته، لكن إن كان للمستأجر بناء ونحوه مما يسمى الجدك أو الكردار في الأرض فإذا لم يدفع أجرة المثل يؤمر برفعه وإن كان موضوعا بإذن الواقف أو إذن أحد النظار.[3]

ولو تلقى المستأجر العقار عن مستأجر قبله بمال فلا ينشأ عن ذلك حق الخلو، قال ابن عابدين: أما ما يتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى خلوه بمال كثير وأنه بهذا الاعتبار (ينبغي أن) تصير أجرة الوقف شيئا قليلا، فهو تمسك باطل، لأن ما أخذه منه

---

[1] مطالب أولي النهى في مسألة الوقف المتعطل ٤/ ٣٧٠ .

[2] مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٩.

[3] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٦.

صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف، فيكون الدافع هو المضيع لماله، فكيف يحل له ظلم الوقف، بل يجب عليه دفع أجرة مثله.[1]

وينبني – الحكم في لزوم الخلو في الحال الأولى بصورها الأربع أو عدم لزومه على أن الخلـــو الذي ينشأ للمستأجر مقابل مال يدفعه إلى ناظر الوقف اعتبره الحنفية نوعا مـــن بـــيع الحقوق المجردة، والحقوق كحق الشفعة والوظائف في الأوقاف من إمامة وخطابـــة وتدريـــس في جواز النزول عنها بمال قولان عند الحنفية مبنيان على اعتبار العرف الخاص أو عدم اعتباره.

فمن قال بعدم اعتباره، وعليه المذهب عند الحنفية، قال لا يجوز بيع الحقوق المجردة ومـــنها الخلو، قال الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول، فـــيكون ذلـــك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فـــيكون شرعا منه، فإذا لم يكن كذلك فلا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان من الناس كافة في البلدان فيكون إجماعا، وليس كذلك شأن الخلو.

قـــال الشرنبلالي وأقره ابن عابدين: ولأنه يلزم من عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله، وفي منع الناظر من إخراجه تفويت نفع الوقف وتعطيل ما شرطه الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوه.[2]

وقـــال الحصفكي: لكن أفتى كثيرون باعتبار العرف الخاص، وبناء عليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال، وبلزوم خلو الحوانيت، فيصير الخلو في الحانوت حقا له،

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٦.

[2] الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٦، والأشباه والنظائر مع حاشية الحموي في شرح قاعدة (العادة محكمة) ١/ ١٣٦.

فلـــيس لـــرب الحانوت إخراجه منها ولا إجارته لغيره، قال: وقد وقع في حوانيت الجملـــون في الغوريـــة أن الســـلطان الغوري لما أسكنها للتجار بالخلو، وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم، وكتب ذلك بمكتوب الوقف.

ونازع بعضهم في بناء الخلاف في ذلك على القولين في العرف الخاص.

وقدقال مال الحموي[1] إلى عدم إثبات الخلو وعدم صحة بيعه ونقله عن شيخه وأنه ألف في ذلك رسالة سماها " مفيدة الحسنى في منع ظن الخلو بالسكنى".[2]

قـــال ابن عابدين: وممن أفتى بلزوم الخلو الذي يكون مقابل مال يدفعه للمالك أو متولي الوقف العلامة المحقق عبدالرحمن العماديقال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه مـــنها ولا إجارتها لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، فيفتي بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء[3] الذي تعارفه المتأخرون[4].

وفي الفتاوى الخيرية للرملي الحنفي ما يفيد أن الخلاف في هذه المسألة معتبر- يعني خلاف الذي أفتى به من المالكية، وهو الشيخ ناصر اللقاني ومن تابعه كما يأتي بيانه، قال: فيقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم (أي حكم القاضي) حيث استوفى شرائطه مـــن مالكي يراه، أو غيره، فيصح الحكم ويرتفع الخلاف، خصوصا فيما للناس إليه

---

[1] هو أحمد بن محمد، شهاب الدين، الحموي، المصري، الحنفي، فقيه مشارك في أنواع من العلوم، قام بالتدريس في المدرسة السليمانية توفي عام ١٠٥٩هجري، من تصانيفه: "حاشية على الدرر والغرر"و" كشف الرمز عن خبايا الكتر" وهو شرح على كتر الدقائق، وحاشية اسمها غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لابن نجيم" و"القول البليغ في حكم التبليغ"
(الجبرتي ١/ ٦٧، وهدية العارفين ١/ ١٦٤، ومعجم المؤلفين ٢/ ٩٣).

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٤ –١٥ –١٦، والأشباه والنظائر مع حاشيته ١/ ١٣٥ –١٣٩.

[3] بيع الوفاء: أن يبيع المحتاج إلى النقود عقارا على أنه متى وفى الثمن استرد العقار تردد بين كونه بيعا أو رهنا، ثم استقر على هذا الاسم الخاص به (انظر الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٢٥١ والمجلة في المواد ٣٩٦- ٤٠٣).

[4] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧.

ضـــرورة ولا سيما في المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك –يعني استانبول– فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلي يضر بهم نقضه وإعدامه[1]، وهذا ما ذكره الحنفية.

أما المالكية فإن أول فتيا منقولة عندهم هي ما أفتى به الشيخ ناصرالدين اللقاني في إنشـــاء الخلو وتملكه وجريان الإرث فيه، ونصها ما أورده الشيخ عليش كما يلي: " ســئل العلامة الناصر اللقاني" بما نصه: ما تقول السادة العلماء أئمة الدين رضي الله عنهم أجمعين في خلوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها، بذلت الناس في ذلك مالا كثيرا حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهبا فهل إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس أم لا، وهـــل إذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال أم لا؟ وهل إذا مات شخص وعليه دين و لم يخلف ما يفي بدينه يوفى ذلك من خلو حانوته؟[2]

أفتونا مأجورين.

فأجـــاب بما نصه: الحمد لله رب العالمين: نعم إذا مات شخص وله وارث شرعي يســـتحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس، وإذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيـــت المال، وإذا مات شخص وعليه دين و لم يخلف ما يفي بدينه فإنه يوفي من خلو حانوته، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب كتبه الناصر اللقاني المالكي حامدا مصليا مسلما.

وأوردها الزرقاني ونقل أن التعويل في هذه المسألة على هذه الفتيا.

---

[1] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠.

[2] فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٩ –٢٥٠، والزرقاني على مختصر خليل ٦/ ١٢٨.

وقال الحموي من الحنفية: ليس فيها نص عن مالك وأصحابه، والتعويل فيها على فتوى اللقاني والقبول الذي حظيت به جرى عليه العمل.[1]

وقـال الغرقاوي[2] من المالكية: إن فتوى الناصر اللقاني مخرجة على النصوص، وقد أجمـع عـلى العمل بها واشتهرت في المشارق والمغارب وانحط (استقر) العمل عليها ووافقه عليها من هو مقدم عليه كأخيه الشيخ شمس الدين محمداللقاني[3].

هذا وقد رد الشيخ محمد تقي العثماني هذه الأدلة وصرح بعدم الجواز، بل واعترض عما نقل عن المالكية من جواز الخلو وقال أن ما ذكره المالكية من الجواز ليس مقصوداً مـنها هـذا الخلو الذي هو متعارف الآن بين الناس، وقال في هذا الصدد ما نصه[4]: وأصل الحكم في هذا الخلو عدم الجواز، لكونه رشوة أو عوضا عن حق مجرد، ولكن أفتى بعض الفقهاء بجوازه، وأول من عرف بتجويز الخلو العلامة ناصر الدين اللقاني- رحمـه الله- من علماء المالكية في القرن العاشر، ثم تبعه جماعة، قال ابن عابدين رحمه الله: " وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب مالك، والحال أنه ليس فيه نص عنه، ولا عـن أحـد من أصحابه، حتى قال البدر القرافي من المالكية: إنه لم يقع في كلام

---

[1] الحموي على الأشباه والنظائر (ضمن الكلام على قاعدة العادة محكمة) ١/ ١٣٧ -١٣٨.

[2] هو أحمد بن أحمد بن عبد الرحمن الفيومي المعروف بالغرقاوي، فقيه مالكي مشارك في بعض العلوم توفي عام ١١٠١هجري وقيل ١٠٦٩ هجري، من تصانيفه: " رسالة في مسألة الخلو عن الأوقاف" و" كشف النقاب والران عن وجوه مخدرات" أسئلة تقع في بعض سور القرآن، و"القول التام" في أطوار سيدنا آدم، و"حسن السلوم في معرفة آداب الملك والملوك".
(هدية العارفين ١/ ١٦٢، وإيضاح المكنون ٢/ ٣٦٩، والأعلام ١/ ٨٩، ومعجم المؤلفين ١/ ١٥٢).

[3] هو محمد بن حسن اللقاني، شمس الدين، أبو عبد الله، من أهل مصر ولد عام ٨٥٧هجري وتوفي عام ٩٣٥هجري، كان فقيه مالكي حافظ للمذهب، محقق، أخذ عن الشيخ أحمد زروق وغيره، كان الناس يعكفون عليه ويتزاحمون، وعم النفع به في الفتوى وغيرها، وهو اخو محمد بن حسن أبي عبد الله الشهير بناصر الدين اللقاني، له طرر (حواش) محررة على مختصر خليل. (انظر شجرة النور الزكية ص ٢٧١).

[4] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٠٨.

الفقهاء، التعرض لهذه المسألة، وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي، بناها على العرف وخرجها عليه، وهو من أهل الترجيح، فيعتبر تخريجه وإن نوزع فيه، وقد انتشرت فتياه في المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول.[1]

وأما الحنفية فقد استدل بعضهم على جواز الخلو بمسألة في الفتاوى الخانية، وهي:

" رجــل باع سكنى له في حانوت لغيره، فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا، فظهر أنها أكثر من ذلك. قالوا: ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب".

فــزعم المســتدلون أن المراد بالسكنى في هذه المسألة هو عين الخلوّ، ولكن حقق الشــرنبلالي أن المراد بالسكنى عين مركبة في الحانوت، وهي غير الخلوّ، فلا يصح أن يستدل به على جواز الخلوّ عند الحنفية، فشراء السكنى شراء للعين لا للخلو، ثم ذكر ابن عابدين رحمه الله عن الفتاوى الخيرية أنه لو قضى مالكي بلزوم الخلوّ صح ولزم، وقال في نهاية البحث:

وممــن أفتى بلزوم الخلوّ الذي يكون بمقابلة دراهم يدفعها للمتولي أو المالك العلامة المحقق عبد الرحمن أفندي[2] العمادي صاحب هدية ابن العماد، وقال: فلا يملك صاحب الحــانوت إخــراجه ولا إجارتها لغيره، ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، فيفتى بجواز ذلك للضرورة"[3].

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٢١.

[2] عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن عماد الدين مفتي دمشق ومن أجلاء شيوخها ولد بدمشق عام ٩٧٨ هجري وتوفي فيها عام ١٠٥١هجري، له "الروضة الريا" و"تحرير التأويل" في التفسير و"المستطاع من الزاد" في مناسك الحنفية و"الفتاوى" و"هدية ابن العماد لعبادة العباد" و"ري الصادي من فتاوى العمادي".

(خلاصة الأثر ٢/ ٣٨٠، والأعلام ٣/ ٣٣٢ وإيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون ٤/٧٢٤).

[3] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٠٩.

وقد يفهم من كلام ابن عابدين رحمه الله أنه مائل إلى جواز هذا الخلوّ المتعارف في عصرنا، ولكن الذي ظهر لي بعد مراجعة كتب المالكية الذين ينسب إليهم جواز الخلوّ، أن ما أفتوا بجوازه ليس هو الخلو المتعارف في عصرنا، والذي هو عبارة عن حق الاستئجار المجرد، بدون أن يكون للمستأجر في الدار أو الحانوت عين قائمة، و لم أر عندهم جواز ذلك، بل وجدت خلافه، وإنما الخلو الذي أجار المالكية أخذ العوض عنه له صور أخرى، للمستأجر في جميعها أعيان قائمة مستقلة في الدار أو الحانوت، وأنقل ههنا نصين من فقهاء المالكية يتضح بهما الموضوع كل الوضوح.

قال العدوي في شرحه على الخرشي: " اعلم أن الخلو يصور بصور: منها أن يكون الوقف آئلا للخراب، فيكريه ناظر الوقف لمن يعمره، بحيث يصير الحانوت مثلا يكري بثلاثين نصف فضة، ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر، فصارت المنفعة مشتركة بينهما، فما قابل الدراهم المصروفة من المنفعة هو الخلوّ فتعلق به البيع، والوقف والإرث، والهبة وغير ذلك، ويقضي منه الدين وغير ذلك، ولا يسوغ للناظر إخراجه من الحانوت ولو وقع عقد الإيجار على سنين معينة كتسعين سنة، ولكن شرط ذلك أن لا يكون ريع يعمر به.

الثانية: أن يكون لمسجد مثلا حوانيت موقوفة عليه، واحتاج المسجد للتكميل أو عمارة، ويكون الدكان يكري مثلا الشهر بثلاثين نصفا، ولا يكون هناك ريع يكمل به المسجد، أو يعمر به، فيعمد الناظر إلى الساكن في الحوانيت فيأخذ منه قدرا من المال يعمر به المسجد، ويجعل عليه خمسة عشر مثلا في كل شهر.

والحاصل أن منفعة الحانوت المذكورة شركة بين صاحب الخلو والوقف بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو والناظر على وجه المصلحة، كما يؤخذ مما أفتى به الناصر.

الثالثة: أن تكون أرض محبسة، فيستأجرها من الناظر ويبنى فيها دارا مثلا، على أن علـــيه في كل شهر لجهة الوقف ثلاثين نصف فضة، ولكن الدار تكري بستين نصف فضة مثلا، فالمنفعة التي تقابل الثلاثين الأخرى، يقال لها (خلوّ) [1]

وكذلك الشيخ محمد أحمد عليش رحمه الله نقل فتوى العلامة ناصر اللقاني، ثم ذكر صـــور ا لخلو المختلفة، وهي عين ما حكيناه عن العدوي، ثم ذكر فصلا في شروط صحة الخلوّ، وقال فيه:

فصل في شروط صحة الخلوّ.

منها: أن تكون الدراهم المدفوعة عائدة على جهة الوقف يصرفها في مصالحه، فما يفعل الآن من صرف الناظر الدراهم في مصالح نفسه بحيث لا يعود على الوقف منها شيئ، فهو غير صحيح، ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

ومنها:

أن لا يكـــون للوقـــف ريع يعمر منه، فإن كان له ريع يفي بعمارته مثل أوقاف الملوك، فلا يصح فيه خلوّ، ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

ومنها:

ثبوت الصرف في منافع الوقف بالوجه الشرعي.... وفائدة الخلوّ أنه يصير كالملك، ويجري عليه البيع، والإجارة، والهبة، والرهن، ووفاء الدين، والإرث، كما يؤخذ من فتوى الناصر اللقاني"[2].

فاتضح بهذه النصوص الفقهية أن الخلوّ الذي أفتى به العلامة اللقاني، وأقره كثير من علماء المالكية، بمعزل بعيد عن هذا الخلو المتعارف في عصرنا، فإن الخلوّ الذي أجازه

---

[1] حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩.

[2] فتح العلي المالك، للشيخ محمد عليش ٢/ ٢٥١.

يحدث بعمارة يحدثها المستأجر في الوقف، ويصير به شريكا في منفعة الحانوت بقدر ما صرفه فيه، فينتقص له إكراء الحانوت بقدرها، ويصير له حق القرار فيه، فإذا باعه من آخـــر، فإنه ليس بيعا لحق مجرد، وإنما هو بيع لمنفعة متعلقة بأعيان في الحانوت، وهذه المنفعة مملوكة له، وإنما أجازه المالكية لضرورة عمارة الوقف، ولذلك اشترطوا أن لا يكون للوقف ريع يعمر به، فإن كان له ريع لم يجز هذا العقد.

ولا شـــك أن بعـــض المالكية حكموا بجواز مثل هذا الخلوّ في أراض مملوكة غير موقوفـــة أيضا- كما سيأتي بيانها- ولكن بشرط أن يكون المستأجر بنى فيها بناء، أو أحدث أعيانا مستقلة أخرى، وهي التي تسمى "الجدك".

يقـــول الشيخ محمد عليش رحمه الله: " ثم إن الخلوّ ربما يقاس عليه الجدك المتعارف في حوانيـــت مصر، فإن قال قائل، الخلو إنما هو في الوقف لمصلحة، وهذا يكون في الملـــك، قـــيل له: إذا صح في وقف فالملك أولى، لأن المالك يفعل في ملكه ما يشاء، نعـــم! بعض الجدكات بناء أو إصلاح أخشاب في الحانوت مثلا بإذن، وهذا قياسه على الخلوّ ظاهر.... وبعض الجدكات وضع أمور مستقلة في المكان غير مستمرة فيه، كما يقع في الحمامات وحوانيت القهوة بمصر، فهذه بعيدة عن الخلوّات، فالظاهر أن للمالك إخراجها"[1].

فتـــبين بهـــذا أن المالكية لا يقولون بجواز هذا الخلوّ المتعارف في عصرنا، الذي لا يكون معه شيئ من البناء، أو الأعيان الثابتة في الدار أو الحانوت، ويؤول الأمر إلى ما حكيناه في أول البحث عن الشرنبلالي: أن بيع مجرد الخلو لا يجوز، وإنما يجوز إذا كان معه عين مركبة في الحانوت، الذي يعبر عنه بالسكنى تارة، وبالجدك أخرى، والحاصل ما ذكره العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية حيث قال بعد ذكر السكنى:

---

[1] المصدر نفسه ٢/ ٢٥٢.

" وهو غير الخلوّ الذي هو عبارة عن وضع القدمية ووضع اليد، خلافا لمن زعم أنه هـو، واستدل بذلك على جواز بيع الخلوّ، فإنه استدلال فاسد، لما علمت من أن السكنى أعيان قائمة مملوكة، كما أوضحه العلامة الشرنبلالي في رسالة خاصة، لكن إذا كان هذا الجدك المسمى بالسكنى قائما في أرض وقف فهو من قبيل مسألة البناء أو الغرس في الأرض المحتكرة، لصاحبه الاستبقاء بأجرة مثل الأرض، حيث لا ضرر على الوقف، وإن أبى الناظر، نظرا للجانبين على ما مشى عليه في متن التنوير... ولا ينافيه ما في التجنيس من أن لصاحب الحانوت أن يكلفه رفعه، لأن ذاك في الحانوت الملك، بقرينة ما في الفصولين: والفرق أن الملك قد يمتنع صاحبه عن إيجاره، ويريد أن يسكنه بنفسه، أو يبيعه، أو يعطله، بخلاف الموقوف المعد للإيجار، فإنه ليس للناظر إلا أن يؤجره، فإيجاره من ذي اليد بأجرة مثله أولى من إيجاره من أجنبي، لما فيه من النظر للوقف ولذي اليد".[1]

تبين من كلام الشيخ تقي العثماني عدم جواز الخلوّ المتعارف في عصرنا لما فيه من رشوة، وأنه عوض عن حق مجرد، وهذا لا يجوز، وأنه قد أجاب عما نقل عن المالكية من جواز الفتيا وذكر أن قصدهم ليس الخلو المتعارف الآن وإنما هو غير المتعارف الآن، وأن المالكية لا يقولون بجواز الخلوّ المتعارف الآن لأن هذا يخالف قواعد الشريعة من حيث كونه رشوة وعوض عن حق مجرد.

بناء على هذا يجوز الخلو في هذه الصور عند أكثر العلماء وإن كان أكثر الحنفية على عدم الجواز حيث أنهم لا يعتبرون العرف الخاص، وأنهم يعتبرونه من الحقوق المجردة والحقوق المجردة لا يجوزبيعها عند هؤلاء الأئمة، إلا أن بعض الحنفية قد أجازوا هذا النوع من الخلو فقد ذكر الحصفكي بأنه قد أفتى كثير من العلماء باعتبار العرف

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين ٢/ ٢٠٠.

الخـــاص، وبـــناء عليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال، وبلزوم خلو الحوانيت، فيصير الخلو في الحانوت حقا له، فليس لرب الحانوت إخراجه منها ولا إجارته لغيره، وكذلـــك أفتى بجوازه العلامة المحقق عبد الرحمن العمادي كما نقل ابن عابدين حيث قـــال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء الذي تعارفه المتأخرون.

ولكـــن كما ذكرنا أن الشيخ نقي العثماني يرى أن فتوى العلماء بجواز الخلوّ ليس هـــو الخلو المتعارف في عصرنا الحاضر، فإن كان الأمر كما قال فلا يصح هذا الذي يجـــري الآن بين الناس، لأن الشيخ قد أشار إلى أن هذا النوع من الخلو فيه رشوة، ثم هو يعتبر حق مجرد، وهو لا يجوز بيعه.

ولكن أحسن ما قاله صاحب الفتاوى الخيرية هو: أن الخلاف في هذه المسألة معتبر – يعـــني خلاف الذي أفتى به من المالكية، وهو الشيخ ناصر الدين اللقاني ومن تابعه حيـــث ذكر: فيقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم" أي حكم القاضي" حيث استوفى شرائطه من مالكي يراه، أو غيره فيصح الحكم ويرتفع الخلاف، خصوصا فيما للناس إليه ضرورة ولا سيما في المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك- يعني استانبول- فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلي يضر بهم نقضه وإعدامه[1]، وقد ذكر الشيخ عليش: سئل العلامـــة الناصر اللقاني بما نصه: ما تقول السادة العلماء أئمة الدين رضي الله عنهم أجمعـــين في خلـــوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها، وبذلت الناس في ذلك مالا كثيرا حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهبا فهل إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس

---

[1] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠.

أم لا؟ وهـــل إذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال أم لا؟ وهل إذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه يوفى ذلك من خلو حانوته؟[1].

فأجـــاب بما نصه: الحمد لله رب العالمين: نعم إذا مات شخص وله وارث شرعي يســـتحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس، وإذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيـــت المال، وإذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه فإنه يوفى من خلو حانوتـــه، والله ســـبحانه وتعـــالى أعلم بالصواب كتبه الناصر اللقاني المالكي حامدا ومصليا مسلما[2]

حق مالك الخلو في الاستمرار في العقار إن كان مقابل مال (أي في الحال الأولى)

حيـــث جـــرى العرف عند إنشاء الخلو على استمرار حق صاحبه يحمل عليه عند الإطـــلاق، قال العدوي: "جرى العرف عندنا بمصر أن الأحكار مستمرة للأبد، وإن عـــين فيها وقت الإجارة مدة، فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشـــرط، فمـــن احتكر أرضا مدة ومضت فله أن يبقى وليس للمتولي أمر الوقف إخراجه، نعم إن حصل ما يدل على قصد الإخراج بعد المدة وإنها ليست على الأبد فإنه يعمل بذلك"[3].

لكن قال الشيخ عليش: يرد عليه أن ضرب الأجل يصير لا فائدة فيه، إلا أن يقال: ضـــربه في مقابلة المقبوض ومعه تأبيد الحكر، فتكون الدراهم عجلت في نظير شيئين: الأجل المضروب، والتأبيد الخلو، وينظر في ذلك.[4]

---

[1] الفتح العلي المالك ٢/ ٢٤٩- ٢٥٠، والزرقاني على مختصر خليل ٦/ ١٢٨.

[2] المصدران نفساهما.

[3] العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩.

[4] فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠ وما بعدها.

وإنما تصح هذه المسألة إن كانت تلك البلد قد جرى فيها ذلك العرف، فيقوم مقام الشـــرط، وإلا فلا، قال الدسوقي: يجوز استئجار شيئ مؤجر مدة تلي مدة الإجارة الأولى للمستأجر نفسه أو لغيره، ما لم يجر عرف بعدم إيجارها إلا للأول، كالأحكار بمصـــر، وإلا عمـــل به، لأن العرف كالشرط، وصورة ذلك إذا استأجر إنسان دارا موقوفة مدة معينة وأذن له الناظر بالبناء فيها ليكون له خلوا وجعل له حكرا كل سنة لجهة الوقف فليس للناظر أن يؤاجرها لغير مستأجرها مدة إيجار الأول لجريان العرف بأنـــه لا يستأجرها إلا الأول، والعرف كالشرط، فكأنه اشترط عليه ذلك في صلب العقد[1].

وقد بين الدسوقي في أن استحقاق مالك الخلو في استئجار عقار الوقف لمدة لاحقة لا يصح إلا إن كان يدفع من الأجرة مثل ما يدفع غيره وإلا جاز إيجارها للغير[2].

وقـــال مثل ذلك ابن عابدين حيث قال: " وهو مقيد أيضا بما قلناه من أن يدفع أجـــر المثل، وإلا كانت سكناه بمقابلة ما دفعه من الدراهم عين الربا، كما قالوا فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها إلى أن يستوفي قرضه: يلزمه أجرة مثل الدار.[3]

وقـــد بين الزرقاني أن الاستمرار في المأجور هو الفائدة في الخلو إذ هو الفرق بينه وبين الإجارة المعتادة، قال: " المستأجر مالك المنفعة فما معنى الخلو وما فائدته، إلا أن يقال في فائدته إنه ليس لمن له التصرف في المنفعة التي استأجرها سواء كان مالكا أو ناظرا أن يخرجها عنه، وإن كانت الإجارة مشاهرة، فتأمله".[4]

---

[1] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١١

[2] المصدر نفسه ٤/١١

[3] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧

[4] الزرقاني على خليل ٦/ ١٢٨.

وفي حاشية البناني أن مستند المالكية في إثبات حق الاستمرار إنما هو المصلحة قال: " وقعت الفتوى من شيوخ فاس المتأخرين كالشيخ القصار[1] وأبي زيد الفاسي[2]، وعبد القادر الفاسي[3]، وأضرابهم بمثل فتوى الناصر اللقاني وأخيه شمس الدين جرى العرف بها لما فيها من المصلحة فهي عندهم كراء على التبقية[4].

تبين من أقوال العلماء أن حق مالك الخلو هو الاستمرار في العقار إن كان مقابل مال، وإنما تصح بهذه الصورة إن كانت البلدة قد جرى فيها ذلك العرف، فيقوم مقام الشرط، وإلا لا يصح، كما قال الدسوقي حيث ذكر أنه يجوز استئجار شيئ مؤجر

---

[1] هو محمد بن قاسم، أبو عبد الله القيسي، الشهير بالقصار، فقيه مالكي، محدث أخذ عن عبد الوهاب الزقاق، وأبي القاسم بن إبراهيم الراشدي، وابن جلال وغيرهم، وعنه أبو عبد الله محمد بن أبي ب:ر الدلائي، والشهاب المقري، ومحمد العربي الفاسي وغيرهم، وفي شجرة النور الزكية هو شيخ الفتيا بفاس وخاتمة أعلامها، ولد سنة ٩٣١ هجرية وتوفي سنة ١٠١٢هجرية، من تصانيفه: "فهرسة" جمعت روايته في الفقه والحديث، و"مصنف في مناقب الإمامين إدريس بن عبد الله الكامل الأكبر وولده إدريس الأزهر". (انظر: شجرة النور الزكية ص ٢٩٥، ومعجم المؤلفين ١١/ ١٤٢).

[2] محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد أبو زيد الفاسي، فقيه شافعي محدث، حدث عن محمد بن يوسف الفربري، وعمر بن علك المروزي، ومحمد بن عبد الله السعدي وغيرهم، وروى عنه الهيثم بن أحمد الصباغ، وعبد الوهاب الميداني وأبو عبد الله الحاكم وغيره، وقال الخطيب: كان أحد أئمة المسلمين حافظا لمذهب الشافعي، ولدعام ٣٠١هجري، وتوفي عام ٣٧١هجري.
(شذرات الذهب ٣/ ٧٦، والنجوم الزاهرة ٤/ ١٤١، وطبقات الشافعية ٢/ ١٠٨).

[3] هو عبد القادر بن أحمد بن العربي بن شقرون الفاسي، فقيه، نحوي، لغوي، محدث، أديب، أخذ عن أبي العباس الهلالي، وأبي العباس الدلائي، وعبد الدحمن المنجرة وغيرهم، وعنه أخذ السلطان أبو الربيع سليمان، وفي شجرة النور الزكية كان معروفا بالضبط والإتقان مملوءا بالصدق والعرفان، توفي عام ١٢١٩هجري، من تصانيفه: "شرح العشرة الثانية من الأربعين النووية"ونسب إليه واضعا فهرس المخطوطات بخزانة الرباط "الأجوزة".
(شجرة النور الزكية ص ٣٧٤، والأعلام ٤/ ٣٧، ومعجم المؤلفين ٥/ ٢٨٤).

[4] الفناني على الزرقاني ٦/ ١٢٨.

مدة تلي مدة الإجارة الأولى للمستأجر نفسه أو لغيره، ما لم يجر العرف بعدم إيجارها إلا للأول، كالأحكار بمصر، وإلا عمل به، لأن العرف كالشرط.

ويضـــاف إلى ذلك أن يدفع أجرة المثل، وأن الفرق بين الخلو وبين الإجارة المعتادة هو الاستمرار، وأن دليل ذلك هو المصلحة، وأن الخلو يعتبر كراء على التبقية.

حق الخلو في عقارات الأقاف في القانون

ذكـــر الدكتور السنهوري نقلا عن مرشد الحيران المادة ٧٠٨ أن " الخلو المتعارف في الحوانيـــت هـــو أن يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدرا معينا من الدراهـــم، ثم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شرعيا، فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا إجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم"[١].

هـــذا وقـــد قضت محكمة استئناف مصر في ذلك العهد بأن الخلو عقد يخول فيه الواقـــف أو الناظر لشخص وضع يده على عين موقوفة والانتفاع بها مقابل ما يدفع للواقف أو الناظر لعمارة عين الوقف، ويكون لصاحب الخلو حق القرار في خلوه، وله التصرف ما دام يدفع أجرة المثل، فلا يؤجر العقار لغيره، وإن أخرج فله طلب الخلو، وكما يصح أن يدفع صاحب الخلو مبلغا من المال، يصح أن يقوم بتعمير عين الوقف وتحســينها عـــلى ألا يخرجه الواقف أو الناظر إلا بعد أن تدفع له قيمة ما أنفقه على عمارة عين الوقف وتحسينها[٢]

ومن أحكام عقد الخلو في القانون المدني المصري أن الخلو يقع على عين في حاجة إلى الإصلاح، وينفق المستأجر على إصلاحها، ويسترد عند انتهاء العقد أقل القيمتين، قيمة ما عاد على الوقف من منفعة بسبب الإصلاح وقيمة ما أنفقه المستأجر، وذلك طـــبقا لقواعد الإثراء بلا سبب[٣]. ومدته غير معينة، فيجوز إنهاؤه بتنبيه بالإخلاء في

---

[١] انظر الوسيط ٦/ ١٤٣٧.

[٢] استئناف مصر ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٩ص ١٠١- وانظر أيضا استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥م ٢٨ ص ٧٨-٦ أبريل سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ٢٤١-١٠ أبريل سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٣٥٠ (الوسيط ١٥٠٠).

[٣] وقد قضت محكمة استئناف المختلطة في عهد التقنين المدني بأنه يجوز فسخ العقد إذا تأخر المستأجر عن

المواعـــيد القانونية من أحد الطرفين على الآخر، وبذلك يحتفظ الوقف بحق استرداد العـــين في أي وقت يشاء، فيستردها متى رأى أن أعمال الإصلاح المرجوة قد تمت، ومتى توافر عنده المال اللازم لتعويض المستأجر على الوجه الذي قدمنا[1]

المقارنة:

لم يخـــتلف القـــانون عـــن الفقه الإسلامي في جواز الخلو في حوانيت وعقارات الأوقـــاف، بـــل ذهب كل منهما إلىجوازه للمصلحة، وهذا طبعا إذا قلنا أن الخلو المـــتعارف في عصرنا هو ما قصده فقهاء المسلمين وعلى الخصوص فقهاء المالكية لأنه لأول مرة نقل عنهم فتوى جواز الخلو، ومن أشهرهم ناصر الدين اللقاني، وقد قلنا أن الشـــيخ تقـــي العثماني يرى أن الخلو المتعارف في عصرنا ليس هو الخلو الذي أفتى العلماء بجوازه، وأن الخلو المتعارف في عصرنا على رأيه غير جائز لكونه رشوة ولأنه تعويـــض عـــن حق مجرد وهذا لا يجوز، ويظهر من كلام السنهوري حين فسر نص القانون بأنه أيضا يرى أن الخلو الجائز هو ما قاله تقي العثماني حيث قال السنهوري، ومـــن أحكامـــه أنـــه يقـــع على عين في حاجة إلى الإصلاح، وينفق المستأجر على إصـــلاحها، ويسترد عند انتهاء العقد أقل القيمتين قيمة ما عاد على الوقف من منفعة بســـبب الإصلاح، وقيمة ما أنفقه المستأجر. وقد ذكر العثماني أن الخلو الذي أجازه عـــلماء المالكية هو ما يحدثه المستأجر في الوقف، ويصير به شريكا في منفعة الحانوت

دفع الإيجار، أو إذا لم يقم بالإصلاحات اللازمة (استئناف مختلط ٤أبريل سنة ١٨٨٩م ١ ص ١٤٧) وقد ذكر في كتابه عقد الإيجار: " ويلاحظ أنه مادام للوقف فسخ العقد بلا قيد، فمن غير المفيد النص على جواز الفسخ للتأخر عن دفع الأجرة أو للامتناع عن إجراء الإصلاحات اللازمة، إلا إذا أريد من جواز الفسخ في هذه الحالة أنه يمكن أيضا أن يكون المستأجر مسئولا عن تعويضات" (عقد الإيجار فقرة ١٣٤ ص ٢١٢).

[1] الوسيط ص ١٥٠٢.

بقدر ما صرفه فيه، فينتقص له إكراء الحانوت بقدرها، ويصير له حق القرار فيه، فإذا باعه من أخر، فإنه ليس بيعا لحق مجرد، وإنما هو بيع لمنفعة متعلقة بأعيان في الحانوت، وهذه المنفعة مملوكة له، وإنما أجازه المالكية لضرورة عمارة الوقف، ولذلك اشترطوا أن لايكون للوقف ريع يعمر به، فإن كان له ريع لم يجز هذا العقد.

فكـــل واحـــد اشترط أن يكون العين الموقوفة في حاجة الإصلاح، ويجوز لأجل ضرورة عمارة الوقف. والله أعلم

المطلب الثاني

مقدار الأجرة التي يدفعها صاحب الخلو:

تقـــدم أن قلنا في فصل الحكر أن المحتكر يدفع أجرة المثل، وقلنا أيضا أن الخلو في العقارات والحكر متقاربان في كثير من الأحكام، وذكرنا كذلك أن الوقف إنما يؤجر بأجـــر المثل ولا يجوز أن ينقص عن أجر المثل إلا بالقدر الذي يتغابن الناس به عادة، والمشـــهور عـــند الحنفية والمالكية أنه لا تؤجر دار الوقف أو دكانه لأكثر من سنة، وأرض الوقـــف أكثر من ثلاث سنين، وفي ذلك خلاف وتفصيل في مباحث الإجارة وهو ليس من موضوعنا.

وقد قال الحنفية: إن زادت أجرة المثل في أثناء المدة زيادة معتبرة وجب فسخ العقد وإجارتـــه بأجر المثل ما لم يقبل المستأجر الزيادة، أما إذا انتهت المدة فللناظر إجارته للمســـتأجر الأول بأجـــر المثل أو إخراجه عنه وإجارته لغيره بأجر المثل، قال الرملي الحـــنفي: وهـــي مســـألة إجماعية[1] (عند الحنفية) وهذا ما لم يكن له في المكان خلو صحيح، أو له فيه حق القرار كما يأتي فلا يملك إخراجه.

فـــإن كـــان للمستأجر حق الخلو بما دفعه للواقف أو الناظر لمصلحة الوقف طبقا للصور والشروط المتقدمة فقد بين الدسوقي أن استحقاق مالك الخلو الاستئجار لمدة لاحقة لا يصح إلا إن كان يدفع من الأجر مثل ما يدفع غيره، وإلا جاز إيجاره للغير.[2] والمـــراد مثل إيجار المكان خاليا عن الإضافة التي قابلت المال المدفوع إلى الواقف، قال ابن عابدين: لو لم يلزم صاحب الخلو أجرة المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم، اللهم

---

[1] الفتاوى الخيرية ١/ ١٧٣، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٠٠-١٠١.

[2] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١١.

إلا أن يكــون مــا قبضه المتولي صرفه في عمارة الوقف حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته و لم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة، وطريق معرفة أجر المثل أن ننظر إلى ما دفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولي على الوجه الذي ذكرناه، وإلى ما ينفقه في مرمة الدكان ونحوها، فإذا كان الناس يرغبون في دفع جميع ذلك إلى صاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا فالمائة هي أجرة المثل، ولا ينظر إلى ما دفعه هو لصاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا في أن أجرة هذا الدكان عشرة مثلا، لأن ما دفعه من مال كثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محــض ضرر بالوقف حيث لزم منه استئجار الدكان بدون أجرتها بغبن فاحش، وإنما ينظر إلى ما يعود نفعه للوقف فقط.[1]

تــبين أن الأجــرة التي يدفعها صاحب الخلو هي أجرة المثل، إلا إذا كان ما قبضه المــتولي قد صرفه في عمارة الوقف لأنه لم يكن هناك طريق لعمارته غير هذا، ثم لم يوجــد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع هذا المبلغ فيجوز في هذه الحالة أن يستأجره بأقل من أجرة المثل.

هــذا وقد اشترط المالكية بعض الشروط يثبت بها ملك الخلو في عقار الوقف وقد أشــرنا إلى بعضــها حينما ذكر تقي العثماني أن الخلو لا يجوز، وهذه الشروط على النحو التالي:

قال الأجهوري[2] يشترط لصحة الخلو أن تكون الدراهم المدفوعة (أي من الساكن الأول) عــائدة عــلى جهة الوقف يصرفها في مصالحه، قال فما يفعل الآن من أخذ

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٩

[2] هو علي بن محمد بن عبد الرحمن، نور الدين الأجهوري، ولد بمصر عام ٩٦٧هجري، وتوفي فيه عام ١٠٦٦، كان شيخ المالكية بمصر في عصره، فقيها محدثا، أخذ عن الشمس الرملي وطبقته، له "شرح رسالة ابن أبي زيد" وله شروح ثلاثة على مختصر خليل في الفقه وقد ألف في الحديث والعقائد وغيرها. (شجرة النور الزكية ص ٣٠٣، والأعلام ٥/ ١٦٧، وخلاصة الأثر ٣/ ١٥٧).

الـــناظر الدراهـــم ممن يريد الخلو، ويصرفها في مصالح نفسه ويجعل لدافعها خلوا في الوقف فهذا الخلو غير صحيح ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

قـــال: ومن الشروط أن لا يكون للوقف ريع يعمر منه، فإن كان له ريع يعمر به مـــثل أوقـــاف الملـــوك الكثيرة فيصرف عليها منه، ولا يصح فيه خلو، ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر، لأنه يترع منه على شرط لم يتم، لظهور عدم صحة خلوه.

ومـــنها ثـــبوت الصرف في منافع الوقف بالوجه الشرعي، فلو صدقه الناظر على الصرف من غير ثبوت، ولا ظهور عمارة إن كانت هي المنفعة، لم يعتبر لأن الناظر لا يقبل قوله في مصرف الوقف.[1]

---

[1] فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠ –٢٥١، وحاشية الأشباه والنظائر للحموي ١/ ١٣٨.

المطلب الثالث

أحوال نشوء حق الخلو في عقارات الأوقاف

يثبت نشوء حق الخلو في عقارات الأوقاف في الحالات التالية:

أن يكون للمستأجر في عقار الوقف حق القرار بسبب ما ينشئه في أرض الوقف إذا أنشأه بإذن الناظر لأجل أن يكون ملكا له، وخلوّا ينتفع به، من بناء أو غراس أو كبس بالتراب وهو المسمى عند الحنفية (الكردار) أو ما ينشئه كذلك في مبنى الوقف، من بناء أو نحوه متصل اتصال قرار، وهو المسمى عندهم (الجدك) قال صاحب الفتاوى الخيرية: صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار، فتبقى في يده.

ونقل ذلك عن القنية الزاهدي[1]، قال الزاهدي: استأجر أرضا وقفا وغرس فيها أو بنى ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجر المثل، إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك.[2]

لكن لو كان في البقاء ضرر لم يجب الاستبقاء كما لو كان المستأجر أو وارثه مفلسا، أو سيئ المعاملة، أو متغلبا يخشى منه أو نحو ذلك[3].

---

[1] هو مختار بن محمود بن محمد، أبو الرجاء، نجم الدين الزاهدي العزميني نسبة إلى عزمين قصبة من قصبات خوارزم، فقيه حنفي، أصولي، فرضي تفقه على علاء الدين سديد بن محمد الخياطي ومحمد بن عبد الكريم التركستاني وناصر الدين المطرزي وغيرهم توفي سنة ٦٥٨هـ، من تصانيفه: "الحاوي في الفتاوى" و"المجتبى" شرح به مختصر القدوري في الفقه، و"زاد الأئمة"، و"قنية المنية لتتميم الغنية"و" الجامع في الحيض"و" كتاب الفرائض".

(الجواهر المضيئة ٢/ ١٦٦، والفوائد البهية ص ٢١٣، والأعلام ٨/ ٧٢، ومعجم المؤلفين ١/ ٢١١.

[2] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩.

[3] الفتاوى الخيرية ٢/ ١٨٩ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٠.

قال الرملي: أصل ذلك في أوقاف الخصاف حيث قال: " حانوت أصله وقف وعمارته لرجل، وهو لايرضى أن يستأجر الأرض بأجر المثل"، قالوا: " إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه ويؤجر من غيره، ولا يترك في يده بذلك الأجر".[1]

ولا يخفى أن الأصل في الإجارة أنه إذا انتهت المدة فالناظر بالخيار بين أن يجدد عقد الإجارة للمستأجر الأول أو لا يجدده بل تنتهي الإجارة: وهي مسألة إجماعية، لكن استبقاء الأرض الوقفية المؤجرة عند من أفتى به إن بنى عليها مستأجرها على الصفة المذكورة وجهه أنه أولويّ دفعا للضرر عن المستأجر، لا سيما مع ما ابتلي به الناس كثيرا.[2]

ويشترط في هذه الحالة عند كل من أفتى بثبوت هذا الحق أن لا تجدد الإجارة بأقل من أجرة المثل منعا للضرر عن الوقف، كما أن حق الاستبقاء للمستأجر إنما ثبت دفعا للضرر عنه لو طولب برفع جدكه أو كرداره.[3]

قال ابن عابدين: إنه يجوز إيجار الوقف بأجرة المثل، فلو زاد أجره على أجر المثل أثناء المدة زيادة فاحشة، فالأصح أنه يجب تجديد العقد بالأجرة الزائدة، وقبول المستأجر الزيادة يكفي عن تجديد العقد.

والمراد أن تزيد أجرة الوقف في نفسه لزيادة الرغبة، لا زيادة متعنّت، ولا بما يزيد بعمارة المستأجر، فإن قبل المستأجر بالزيادة فهو أولى من غيره، لأنه يزول المسوّغ للفسخ فلا يكون له داع، فإن لم يقبل المستأجر الالتزام بالزيادة فللمتولي فسخ الإجارة، فلو امتنع فسخها القاضي، ويؤجرها المتولي من غيره.

---

[1] الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٦٦، ٦٧، والفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠.

[2] الفتاوى الخيرية ١/ ١٧٣.

[3] المصدر نفسه ١/ ١٧٣، والفتاوى الحامدية ٢/ ١١٥ –١١٧.

وهذا إن زادت أجرة المثل في أثناء مدة العقد، فبعد انتهائها أولى.[1]

هـــذا ويشـــترط لثبوت حق القرار عند من أفتى به من الحنفية أن يكون ما صنعه المســـتأجر من وضع غراسه، أو بنائه، أو جدكه بإذن الناظر ليكون للمستأجر ملكا وخلوّا، فإن وضعه دون إذن فلا عبرة به، ولا يجب تجديد الإجارة له.[2]

أمـــا لمستأجر إذا لم يكن له في محل الإجارة جدك ولا كردار فلا يكون له فيه حق القرار فلا يكون أحق بالاستئجار بعد انقضاء مدة استئجاره، سواء أزادت أجرة المثل أم لا، وســـواء قـــبل الـــزيادة أم لا، قال ابن عابدين: ومن أفتى بأنه إن قبل الزيادة العارضة يكون أولى من غيره، فذلك مخالف لما أطبقت عليه كتب المذهب من متون، وشـــروح، وحواش، وفيه الفساد وضياع الأوقاف، حيث إن بقاء أرض الوقف بيد مســـتأجر واحد المدة الطويلة يؤدي به إلى دعوى تملكها، مع أنهم منعوا من تطويل الإجارة في الوقف خوفا من ذلك.[3]

إذ المشـــهور عـــند الحنفية أن الوقف لا يؤجر أكثر من سنة للبناء، وثلاث سنين للأرض[4]

ولـــو كان لإنسان حق القرار في عقار وقف بسبب كرداره، ثم زال الكردار زال حقـــه في القـــرار، قـــال الرملي: في أرض فنيت أشجارها، وذهب كردارها ويريد محـــتكرها أن تستمر تحت يده بالحكر السابق وهو دون أجرة المثل: قال: لا يحكم له بذلـــك، بل الناظر يتصرف بما فيه الحظ لجانب الوقف من دفعها بطريق المزارعة، أو

---

[1] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩، والإسعاف ص ٦٣.

[2] الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠، والفتاوى الهندية ٥/ ٦١.

[3] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩.

[4] الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٦٤، والفتاوى الحامدية ٢/ ١٢٥.

إجارتها بالدراهم والدنانير، والحكر لا يوجب للمستحكر استبقاء الأرض في يده أبدا على ما يريد ويشتهي.[1]

وقد نقل ابن عابدين أن هذا الجدك المتصل اتصال قرار الموضوع على الوجه المبين قال فيه أبو السعود: إنه يصدق عليه أنه خلوّ واستظهر أنه كالخلو، ويحكم له بحكمه بجامع العرف في كل منهما.[2]

ومثل ذلك في الفتاوى المهدية وقال: إن الحق المذكور لا يثبت إلا إذا بنى المستأجر فعلا، أو غرس فعلا، فلو مات قبل أن يبني أو يغرس انفسخت الإجارة وفات الورثة ذلك الحق[3]

---

[1] الفتاوى الخيرية ١/ ١٦١، والفتاوى الحامدية ٢/ ١٣١.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧.

[3] الفتاوى المهدية ٥/ ٢٣ —٦١.

المبحث الثالث

الخلو في أراضي بيت المال وكيفية توارث هذه الأراضي

أولا: الخلو في أراضي بيت المال:

الأراضي التي فتحت عنوة وأبقيت بأيدي أربابها من أهل الأرض بالخراج هي عند الحنفية ملك لأهلها يجري فيها البيع، والشراء، والرهن، والهبة، وغيرذلك.

أمـــا أراضـــي بيت المال وهي التي آلت إليه بموت أربابها، أو فتحت عنوة وأبقاها الإمام لبيت المال، وهي التي تسمى (أرض الحوز) فإذا دفعها الإمام إلى الرعية كانت بـــأيديهم ولـــيس لهم بيعها، ولا استبدالها إلا بإذن الإمام، ولا تكون ملكا لأحد إلا بتملـــيك السلطان له.[1] ثم إن من هي تحت يده من الرعايا إن تسلمها بوجه حق فهو أولى بهـــا مـــن غيره مادام يدفع أجر المثل، فيكون له فيها (مشدُّ مسكة) يتمسك بها مادام حيّا في الحرث وغيره، وحكمها أنها لا تقوم، ولا تملك، ولا تباع.

وكذا إن أجرى فيها كرابا أي حرثا، أو كرى أنهارها، أو نحو ذلك مما لم يكن مالا ولا بمعنى المال، وهو مجرد الفلاحة فليس ذلك متقوما عند الحنفية، لأنه بمعنى الوصف فـــلا يباع ولا يورث، وقال بعضهم: يباع حتى يزول وجوده من الأرض فترجع إلى الأول، أما إن كان له كردار من بناء أو أشجار فإنه يباع ويورث دون الأرض، ولم يسموه خلوّا، وإن كان المالكية سمّوه خلوّا أو ألحقوه بالخلو، على أنهم ذكروا أنه إن

---

[1] انظر القاعدة ٧٧ من قواعد ابن رجب ص ١٤٧، ونصها:" من اتصل ملكه بملك غيره متميزا عنه وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرر بالفصل ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة...

كان له مشد مسكة ولو لم يكن في الأرض كردار- فلصاحبها تفويضها لغيره وتكون في يـد المفوض إليه عارية والأول أحق بها، وله إجارتها، وله أيضا الفراغ عنها لغيره بمـال، جاء في الولواجية: عمارة في أرض رجل بيعت فإن بناء أو أشجارا جاز، وإن كرابا أو كري أنهار لم يجز، قالوا: ومفاده أن بيع المسكة لا يجوز، وكذا رهنها، ولذا جعلـوه الآن (فرعا) أي كالنزول عن الوظائف بمال، فإذا فرغ عنها لأحد لم ينتقل الحق فيها إلا إذا اقترن بإذن السلطان أو نائبه[1]، على أنه لو دفع مالا مقابل الفراغ ثم لم يأذن السلطان أو نائبه بنقلها يكون لدافع المال حق الرجوع فيه.[2]

أمـا عند المالكية: فإن الأرض الصالحة للزرع، وأرض الدور التي فتحت عنوة في الشـام ومصـر، والعراق، هي وقف وقفت بمجرد فتحها عنوة، ويقطعها الإمام أو يكـريها لمـن شـاء بحسب المصلحة، وينتهي إقطاعها بموت المقطع لهمع بقائها على وقفيتها، فلا تباع، ولا ترهن، ولا تورث.

لكن قد اختلف المتأخرون من فقهاء المالكية في ذلك على قولين:

القـول الأول: قال الشيخ عليش: قد أفتى بعض المالكية بأنه يورث، فإنهم ألحقوه بالخلوات والخراج كالكراء، قال: وإنما يلحق بها إن حصل من واضع اليد على الأرض أثر فيها كإصلاح: بإزالة شوكها، أو حرثها، أو نصب جسر عليها، أو نحو ذلك مما يـلحق بالبناء في الأوقاف، فيكون الأثر الذي عمله في الأرض خلوّا ينتفع به ويملك، فكأن الذين أفتوا بذلك نظروا إلى أنه لا يسلم الأمر من وقوع شيئ من هذا النوع، أو من دفع مغارم للملتزم (وهو الذي يتقبل الأراضي من السلطان مقابل مال يدفعه له، ويـأخذ الملتزم المال من الفلاحين لتمكينهم من الأرض) قال: فالذي ينبغي في هذه

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٢٩، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠١.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٥.

الأزمان الإفتاء بالإرث، ولأنه أدفع للتراع والفتن بين الفلاحين، وللملتزم الخراج على الأرض لا أكثر، وأن لا يكون له عزل الفلاح عن أثر له في الأرض.[1]

القـــول الثاني: ذهب الدردير إلى أن الفتوى السابق بيانها، مكذوبة على من نسبت إليه.[2]

قال الشيخ عليش: مراعاة مشهور المذهب تقتضي عدم التوريث فيما فتح عنوة بل يفعـــل الســـلطان أو نائبه ما فيه المصلحة، ولا تورث، بل الحق لمن يقرره فيها نائب السلطان لأنها مكتراة، والخراج كراؤها ولا حق للمكتري في مثل هذا[3].

ثم إنـــه إذا تنازل من هي بيده لغيره مقابل عوض مالي على أن يكون الخراج على المسقط له، فقد أفتى الشيخ عليش بجواز ذلك، على أن يكون العوض من غير جنس ما يخرج منها وذلك فرارا من الربا وشبهته.[4]

وعـــند الشافعية الأرض المذكورة قسمت على الغانمين ثم طلبها عمر منهم فبذلوها فوقفهـــا عـــلى مصالح المسلمين، وآجرها لأهلها إجارة مؤبدة بالخراج فيمتنع عليهم لكونهـــا وقفا بيعها ورهنها وهبتها، ولهم إجارتها مدة معلومة لا مؤبدة[5] وهذا حكم الأرض نفسها، أما البناء والأشجار التي يحدثها في الأرض من هي بيده من الرعايا فهو ملك له، وله أن يقفه كما هو الأصح فيما يبنيه في الأرض المستأجرة، ويرهن ويباع.[6]

---

[1] فتاوى الشيخ عليش ٢/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧.

[2] فتاوى الشيخ عليش ٢/ ٢٤٧، والشرح الكبير معه حاشية الدسوقي ٢/ ١٨٩، وفيه أنها منسوبة إلى الشيخ الخرشي والشيخ عبد الباقي والشيخ يحي الشادي.

[3] فتاوى عليش ٢/ ٢٤٦.

[4] المصدر نفسه ٢/ ٢٤٨.

[5] شرح المنهج وحاشية الجمل ٥/ ٢٠٣.

[6] شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣/ ٩٩ باب الوقف.

أمـــا التزول عن الأرض المذكورة ممن هي بيده إلى غيره مقابل عوض مالي فلم نجد عند الشافعية تعرّضا له.

ولكـــنهم في المـــتحجّر قالوا إن الأصح أنه لا يصح بيعه لما تحجره لأنه لم يملكه، والقول الثاني يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص، قال المحلّي كذا في الروضة وأصلها، وفي المحرر ليس له أن يبيع هذا الحق.[1]

أما عند الحنابلة فمع أنهم لم يسموا مثل هذا الحق خلوا فقد قالوا: إن منافع الأرض الخراجية يجوز نقلها بغير عوض، ومن نزل عن أرض خراجية بيده لغيره، فإن المتروك له أحق بها، فيجوز نقلها بلا عوض، وأجاز أحمد دفعها عوضا عما تستحقه الزوجة من المهر، وأما البيع فقد كرهه أحمد ونهى عنه، واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لئلا تتخذ طريقا إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملك، بل هي إما وقف، وإما فيئ.

ونـــص أحمد في رواية على أنه يبيع آلات عمارته بما تساوي أي بثمن المثل، وكره أن يبـــيع بأكثر من ذلك للمعنى المذكور، ونقل عنه ابن هانئ[2]: يقوّم دكّانه وما فيه وكل شيئ يحدثه فيه فيعطى ذلك، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان[3].

---

[1] شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣/ ٩١.

[2] هو إبراهيم بن هانئ، أبو إسحاق النيسابوري من كبار أصحاب الإمام أحمد، كان أحد أئمة الحديث رحالة- حدث عن أبي عبيد الله العيشي ويعلى ومحمد ابني عبيد وغيرهم، نقل عن الإمام أحمد بن حنبل مسائل كثيرة، وكان أحمد يقول: إن كان في البلدة رجل من الأبدال، فأبو إسحاق النيسابوري، توفي عام ٢٦٥هجري.

(طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١/ ٢٧، وشذرات الذهب ٢/ ١٤٩، والنجوم الزاهرة ٣/ ٤١).

[3] مطالب أولي النهى ٤/ ١٩١، وقواعد ابن رجب القاعدة ٨٧ ص ٢٠٠ وكشاف القناع باب الأرضين المغنومة ٣/ ٩٩، وانظر كذلك الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ص ٧٦ وما بعدها فقد أطال في ذلك وذكر عن أحمد روايات ونقل فتيا للشيخ ابن تيمية وذكر تأويلات مختلفة لما وري عن أحمد بهذا الصدد.

وبين ابن رجب أن ذلك من أحمد لسد الذريعة إلى بيع الأرض نفسها بدعوى بيع ما فيها من العمارة، قال: والأظهر أن أحمد إنما أراد النهي عن أخذ العوض عن رقبة الأرض بهذه الحيلة، وبهذا قال: هذا خداع، وهذا يفيد أنه لا يجوز بيع آلاته بأكثر من قيمتها، ونقل عن ابن تيمية تجويز بيعها فتنتقل بخراجها بخلاف بيع الوقف على معين فإنه يبطل حق البطن الثاني.[1]

وقـــال في الإقناع وشرحه: إن آثر من هي بيده بها أحدا ببيع أو غيره صار الثاني أحـــق بها، ومعنى البيع هنا بذلها بما عليها من خراج إن منعنا بيعها الحقيقي كما هو المذهب، لأن عمر وقفها والوقف لا يباع.[2]

تـــبين من أقوال الفقهاء أن الأراضي التي فتحت عنوة تكون ملكا لبيت المال، فإذا دفعهـــا الإمـــام إلى الرعية كانت تلك الأراضي بأيديهم عارية ليس لهم بيعها، ولا اســـتبدالها، إلا بإذن الإمام، ولا يثبت فيها ملك أحد إلا بتمليك السلطان له، إلا أن من تسلمها بوجه حق فهو أولى بها من غيره مادام يدفع أجر المثل، لأنه يثبت له فيها حق القرار، ولكن لا يستطيع أن يبيعها، أو يهبها، أما إن كان له فيها كردار من بناء أو أشجار فإن له بيعها وكذلك يورث دون الأرض، ولا يسمون هذا خلوّا،ويستطيع صـــاحبها إجارتها، والفراغ عنها لغيره بمال، والمالكية يسمونه خلوّا وينتهي إقطاعها بمـــوت المقطع مع بقائها على وقفيتها، فلا تباع ولا ترهن ولا تورث، إلا أن متأخرو المالكية قد اختلوا فذهب بعضهم إلى أنها ملحقة بالخلوات والخراج كالكراء، فيورث، وذهـــب الآخرون إلى أنها لا تورث بل يفعل السلطان فيها ما فيه المصلحة، ووافقهم الشـــافعية في أنهـــا موقوفة فلا يجوز بيعها ورهنها وهبتها، ولكن يجوز إجارتها لمدة

---

٣ الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ص ٧٧، ٧٨، والقواعد لابن رجب أيضا القاعدة ٨٧ ص ١٩٩

٢ كشاف القناع ٣/ ٩٩.

معلومة،وأما الأشجار والبناء كما قال الحنفية ملك من بيده الأرض فله بيعها ورهنها، والحنابلة وإن لم يسموه خلوًا -أجازوا نقل منافعها بغير عوض، وكرهوا بيع البناء لئلا يؤدي إلى تملك الأرض، لأن الأرض موقوفة.

فجميع هذه الآراء قريبة حيث ذهب كلهم في المجموع إلى أنه لا يثبت ملكية الأرض لأحد بل هي وقف فلا يجوز بيعها ولا رهنها، ولا تورث، ولكن يجوز بيع الأشجار والبناء التي أحدثها من بيده كما يجوز رهنها وتورث عنهم.

كيفية توارث الخلو في أراضي بيت المال:

إذا مات من بيده شيئ من الأراضي الأميرية فإنها عند الحنفية لا تورث عنه لأن رقبتها لبيت المال فترجع إليه، ولا يستحق انتقالها إلى ورثته أوغيرهم إلا بإذن السلطان.

وهذا بخلاف ما عليها من غراس أو بناء فإنه يورث طبقا للوجه الشرعي[1].

أما مشد المسكة نفسه فإنه لا يورث أصلا لأنه حق مجرد، لكن جرت فتوى متأخري الحنفية أنه ينتقل إلى الأبناء الذكور انتقالا لا على سبيل الميراث، بل بمعنى أنهم يكونون أولى به من غيرهم، وينتقل مجانا، وجرى الرسم على ذلك في الدولة العثمانية[2]

أما المالكية فالأراضي الأميرية قد تقدم ذكر الخلاف عندهم في ثبوت حق الخلو فيها، وأن من المالكية من قال: إنها لا تورث وذلك مقتضى مشهور المذهب بأنها وقف، وأن السلطان أحق بتوجيهها ممن هي بيده، ومن ورثته، ومنهم من قال: بأنها

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٠٥.

[2] وجاءت الأوامر السلطانية في أواخر الدولة العثمانية فأعطت للنساء حق وضع اليد بتفصيلات يرجع إليها في هذه الأوامر، ويجب طاعتها ما لم تخالف الشرع على أن هذه الأوامر الآن أصبحت غير ذات موضوع

تـــورث، وأن الإرث في الحقـــيقة ليس لرقبتها بل لمنفعتها ما دام يؤدي ما عليها من الخراج الذي هو كالأجرة.

ثم اخـــتلفوا فيمن تؤول إليه الأرض إذا مات من هي تحت يده، فالذين قالوا بعدم التوريث قالوا: السلطان أحق بتوجيهها إلى من شاء، لكن إن كانت العادة قد جرت بنقـــلها إلى ورثته جميعا، أو لأولاده الذكور دون الإناث يعمل بذلك، قال الدردير: وقـــد جـــرت العادة في بعض قرى الصعيد أن يختص الذكور بالأرض دون الإناث، فيجب أجراؤهم على عادتهم على ما يظهر لأن هذه العادة والعرف صارت كالإذن من السلطان في ذلك.[1]

أمـــا الذين قالوا إن منفعة الخلو فيها تورث قالوا: إنها تورث طبقا لما توجبه أحكام التوريث فهي لجميع الورثة من الزوج أو الزوجة والأبوين والعصبات والأولاد الذكور منهم والإناث طبقا للكتاب والسنة.

قـــال الشيخ عليش: الحق فيها يورث على فرائض الله تعالى ولا وجه لتخصيص الذكـــور لأنهـــا خصلة جاهلية لا تحل في الإسلام وإن استظهر ذلك الدردير[2]، وقال أيضا: توريث الذكور دون الإناث عرف فاسد لا يجوز العمل به[3]

وفي الشرح الكبير قال الدردير: مقتضى المذهب أن للسلطان أو نائبه أن يمنع الورثة مـــن وضع يدهم عليها وله أن يعطيها لمن شاء، ثم قال: وقد يظهر أنه لا يجوز له، لما في ذلك من فتح باب يؤدي إلى الهرج والفساد، وأن لمورثهم نوع استحقاق، وأيضا العـــادة تنزل منزلة حكم السلاطين المتقدمين من أن كل من بيده شيئ فهو لورثته أو لأولاده الذكـــور دون الإناث رعاية لحق المصلحة، نعم إذا مات شخص وتحت يده

---

[1] الشرح الكبير على مختصر خليل ٢/ ١٨٩.

[2] فتاوى عليش ٢/ ٢٤٦.

[3] المصدر نفسه ٢/ ٢٦٨.

أرض يؤدي خراجها عن غير وارث فالأمر للسلطان أو نائبه، أي يقرر في الأرض من يشاء، ولا تورث عن الميت.

قال الدسوقي: نعم وارثه أولى وأحق بها من غيره[1]، ولم يتضح لنا قول الشافعية في ذلك.

أما عند الحنابلة فالورثة أحق بالتمسك بالأرض الخراجية فتنتقل إليهم بوفاة من هي بيده وليس للإمام نزعها منهم ماداموا يؤدون الخراج.

قال ابن القيم: من بيده أرض خراجية فهو أحق بها وترثها ورثته كذلك فيملكون منافعها بالخراج الذي يبذلونه.[2] وظاهر هذا أن توارث هذا الحق يستحق طبقا لأنصبة الميراث وإن لم يكن الحق الموروث مالا.

تبين من هذه الأقوال أن أراضي بيت المال إذا مات من هي بيده فإنها عند أكثر الفقهاء لا تورث عنه، لأن رقبتها ثابتة لبيت المال، إلا أنها تنتقل إلى الورثة بإذن السلطان وهو المذهب عند الحنفية والرأي الراجح عند المالكية، لأن هذه الأراضي وقف، وفي مثل هذه الأمور السلطان أحق بتوجيهها ممن هي بيده، ومن ورثته، وأن الراجح والله أعلم أن خلو هذه الأراضي كما يسميها المالكية والغراس والبناء كما يسميها الحنفية تنتقل إلى جميع الورثة سواء كانت ذكورا أو إناثا، لأن الإسلام لا يفرق بين الذكور والإناث، وأن هذه الخصلة هي خصلة جاهلية كما قال الشيخ عليش، إلا أن الحنابلة قالوا بأنها تنتقل إلى الورثة وأن الورثة أحق من السلطان ماداموا

---

[1] الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٢/ ١٨٩.

[2] مطالب أولي النهى ٤/ ١٩٢، والقواعد لابن رجب القاعدة ٨٧، ص ٢٠٠ وكشاف القناع باب الأرضين المغنومة ٣/ ٩٩.

يـؤدون الخـــراج، ولكن نظرا لمصلحة عامة ونظرا لفساد الناس نرى أن الإمام أحق وخاصة في عصرنا لما لهذه الأراضي من دور بارز في اقتصاد الدولة وتنميته.

وقف ما ينشئه في أرض بيت المال:

نقل ابن عابدين عن الخصاف أنه قال: إن وقف حوانيت الأسواق يجوز إن كانت الأرض بـــأيدي الذين بنوها بإجارة لا يخرجهم السلطان عنها من قِبَل أنا رأيناها في أيدي أصحاب البناء توارثوها وتُقْسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان فيها ولا يزعجهم منها، وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولها خلف عن سلف، ومضى عليها الدهور وهي في أيديهـــم يتبايعونها، ويؤجرونها، وتجوز في وصاياهم، ويهدمون بناءها، ويعيدونه، ويبنون غيره، فكذلك الوقف جائز.[1]

قال ابن عابدين: وأقره في الفتح ووجهه بقاء التأبيد.[2]

وإن كان ما جعله في الأرض غراسا فالحكم في وقفها حكم البناء، أما إن كان ما عمله في الأرض مجرد كبس بالتراب أو السماد[3] فلا يصح وقفه.

هذا و لم تطلع على كلام لغير الحنفية في ذلك.

---

[1] الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٣٩١.

[2] رد المحتار ٣/ ٣٩١.

[3] السماد هو ما يوضع في الأرض من المخُصِبات ليجود زرعها وهو عبارة من السرجين والرماد (مختار الصحاح ص ٣١٢ و معجم الوسيط ١/ ٤٥٠)

المبحث الرابع

الخلو في الأملاك الخاصة وأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر آخر

لا شك أن هذا من أهم الموضوعات لما يجري به عمل الناس اليوم في جميع العالم فأكثر الفقهاء القدامى وكثير من الفقهاء المعاصرين يرون عدم جواز الخلو في الأملاك الخاصة وتفصيل الموضوع على النحو التالي:

أولا: فرق الحنفية بين الوقف والملك في ثبوت حق القرار فأثبتوه للمستأجر في عقارات الأوقاف على الوجه الذي تقدم بيانه، ونفوه في الأملاك الخاصة المؤجرة، وبينوا أن الفرق في ذلك هو أن المالك أحق بملكه إذا انتهى عقد الإجارة، ثم هو قد يرغب في تجديد إيجاره للمستأجر الأول بنفس الأجر، أو أقل، أو أكثر، وقد لا يرغب في ذلك، وقد يريد أن يسكنه بنفسه، أو يبيعه، أو يعطله، بخلاف الموقوف المعدّ للإيجار، فإنه ليس للناظر إلا أن يؤجره، فإيجاره من ذي اليد بأجرة مثله أولى من إيجاره لأجنبي، لما فيه من النظر للوقف ولذي اليد، ولمالك الحانوت أن يكلف المستأجر رفع جدكه وإفراغ المحل لمالكه.[1]

ومقتضى ذلك أن لا يثبت حق القرار في الأملاك الخاصة حتى عند من سماه في عقارات الوقف خلوا، ولأنه يلزم من عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله.[2] وهي مسألة إجماعية كما نقله صاحب الفتاوى الخيرية وكما هو معلوم من أحكام الإجارة[3] فإن كان للمستأجر عند انتهاء

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية

[2] الدر المختار ٤/١٦

[3] الفتاوى الخيرية ١/ ١٧٣.

الإجـــارة في الأرض بـــناء أو أشـــجار، أو في الحانوت بناء يلزمه رفعه على خلاف وتفصيل يرجع إليه في أحكام الإجارة.

أمـــا إنشاء الخلو قصدا بتعاقد بين المستأجر والمالك مقابل دراهم معينة ليمكنه من وضـــع بناء أو نحوه في الأرض أو الحانوت على أن يكون للمستأجر الخلو، فقد أفتى بصحته بعض متأخري الحنفية.

قال ابن عابدين: ممن أفتى بلزوم الخلو بمقابلة دراهم يدفعها إلى المالك العلامة عبد الـــرحمن العمادي وقال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره فيفتى بجواز ذلك للضرورة[1].

وسئل المهدي العباسي[2] في رجل له حانوت متخرّب استأجره منه رجل سنة، وأذن لـــه بالبـــناء والعمارة فيه ليكون ما عمره وبناه وأنشأه خلواله وملكا مستحق البقاء والقرار، وجعل عليه أجرة للأرض مقدارا معلوما من الدراهم مسانهة (سنويا) فهل إذا بنى وعمر وأنشأ على هذا الوجه يكون ذلك ملكا للمستأجر، وإذا مات الآذن يكون لورثـــته أجرة الأرض فقط؟ فأجاب: ما بناه المستأجر من ماله لنفسه بإذن المالك في

---

[1] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧.

[2] هو محمد العباسي، بن محمد أمين بن محمد المهدي الكبير، مفتي الديار المصرية، وأول من تولى مشيخة الأزهر، من فقهاء الحنفية ولد بالإسكندرية عام ١٢٤٣هجري، وتعلم بالقاهرة، وتولى الإفتاء سنة ١٢٦٤هجرية وأضيف إليه مشيخة الأزهر ١٢٨٧ ولما قام "عرابي باشا" بثورته ١٢٩٨ عزل المهدي من المشيخة لامتناعه عن التوقيع على عزل الخديوي توفيق ١٢٩٩ وكافأه الخديوي بعد الثورة بإعادته شيخا للأزهر مع الإفتاء وقيل للخديوي سنة ١٣٠٤ إن جماعة من الوجوه، يجتمعون للسمر في مترل المهدي ويتكلمون في الأمور السياسية، ويظهرون أسفهم لوجود الإنجليز بمصر وانقياد الحكومة المصرية إلى رغباتهم فعاتبه على ذلك، فاستقال من منصبه وقد استمر في الإفتاء أربعين سنة، ثم أعيد إليه قبل وفاته، وفلج وتوفي بالقاهرة عام ١٣١٥هجري، له الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية.
(الفكر السامي ٤/٢٣٣، مفاخر الأجيال ص ٦٣، والأعلام ٧/ ٧٥).

حياته على الوجه المذكور مملوك لبانيه يورث عنه إذا مات، وعليه الأجرة المقررة على الأرض والله أعلم.[1]

هذا والخلو ينقسم إلى ثلاثة أقسام لكل قسم حكم مستقل والعلماء كذلك اختلفوا فيه منهم من حرم جميع أنواع الخلوومنهم من أجاز بعض الأنواع منها وحرم الأخرى ومـــنهم من أجاز جميع الأنواع، فنذكر هذه الأنواع أولا ثم نذكر أراء العلماء فيها، وقد فصل مولانا محمد زيد أحد علماء شبه القارة المعاصرين هذه الأنواع وقال: بدل الخلو المروج في ديارنا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول:لها صورتان: الصورة الأولى: أن يتفق المالك مع المستأجر بأن يدفع الأخـــير إضافة إلى الأجرة أجرة أخرى ويعطيها المستأجر عن رغبة ورضى، وإحدى هـــاتين الأجـــرتين تكـــون خلوا ثم ليس هناك أي شرط لرد هذه الأجرة ويسمى (premium) وهذا ما يجري في أكثر الأسواق الآن.

والصورة الثانية من هذا القسم: أن يرد الخلو عند انتهاء الإيجار، عند تخلية المكان ويسمى(security)وهذه الصورة أيضا مروجة في أسواقنا.

القسم الثاني: أن يطلب المالك من المستأجر انتهاء الإيجار وتخلية المكان وفي مقابل ذلك يدفع المالك إلى المستأجر مبلغا من النقود، وهذه صورة لها حالتان إما أن تكون مدة الإجارة قد انتهت أو لم تنته.

القســـم الثالـــث: أن يقوم المستأجر بإيجار المكان إلى شخص آخر، وأخذ منه بد الخلو أيضا، وليس لمالك المكان أي دخل في هذا.

---

[1] الفتاوى الهدية ٥/ ٢٦، ومثله في ٥/ ٤٣، وفي ٥/ ٤٤.

وهـــذا القسم لها صورتان: إما أن تكون مدة الإيجار قد عينت أو لم تعين، وعند تعيين المدة لا تخلو إما أن تكون المدة قد انتهت أو لم تنته ولكل حالة حكم يناسبها.

وقبل أن أبين حكم هذه الأقسام أشير إلى الأصول الفقهية حتى يتبين للقارئ على ضوء هذه القواعد أن حكم هذه الأقسام كلها مبنية على القواعد المذكورة:

الأصول الفقهية: وضع الفقهاء القواعد وبينوا أنه لا اعتبار في المعاملات للألفاظ بل الاعتبار للمعاني والمقاصد، الأحكام لا تتعلق بظواهر بل تتعلق بحقائق، وقد صرح الأصوليون بهذه القاعدة وقالوا: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1]

وكذلك قالوا: إن الاعتبار للمعاني دون الصور[2].

يتبين من القاعدة المذكورة حكم الخلو وذلك على النحو الأتي:

حكـــم صورة الأولى: في هذه الصورة دفع المستأجر إلى المالك بدل الخلو وليس هـــناك أي شرط لرده، وهذه الصورة تجري في المدن الكبرى مثل (كلكة وبمبي) ولا يستطيع المالك بعد أخذ الخلو أن يسترد المكان من المستأجر، ولا يستطيع كذلك أن يؤجره لأخر، لأن جميع حقوق العقار قد انتقل إلى المستأجر، حتى بعد وفاة المستأجر لا ينـــتقل المكـــان إلى المـــالك بـــل إلى ورثة المستأجر، والخلاصة أن جميع الحقوق والتصـــرفات انتقلت إلى المستأجر،وليس للمؤجر أي حق سوى أخذ الأجرة، وكما ليس للمالك أي حق أو تصرف في المكان المستأجر كذلك ليس لورثته الحق المذكور، لأن المـــالك حينما طلب بدل الخلو واستلم المال معنى ذلك أنه لا دخل له في المكان بعـــد ذلـــك، وأنه قد تنازل عن جميع التصرفات والحقوق، وهذا في الحقيقة بيع لا إجارة.

---

[1] الأشباه والنظائر ص ٩١.

[2] الهداية ٣/ ١٨٥.

مادام كل الحقوق يملكها المستأجر فهو يدفع الأجرة شهريا، إلا إذا الهدم العقار و لم يـبق إلا الأرض، والأرض يملكها المالك لا المستأجر، وإنما المستأجر يملك المكان أو البـناء، ولأجـل هذا لا يستطيع المالك أن يسترد المكان أو الحانوت من المستأجر، ويظهـر من هذا أن الخلو في هذه الصورة بمترلة الثمن والعقار بمترلة المبيع، والإجارة تتعلق بالأرض لا بالعقار.

إضـافة إلى ذلك ففي كثير من الحالات يدفع المستأجر الخلو إلى مالك الأرض في مقـابل حـانوت أو مكـان يبنيه فيما بعد كأن المالك وكيل عن المستأجر في بناء الحـانوت أو المكان، والمالك يأخذ الأجرة من المستأجر كل شهر، ويملك المستأجر جميع حقوق المبنى أوالحانوت، والمالك يملك ملكية الأرض فقط.

أكثر العلماء لا يجيزون هذه الصورة من الخلو لكونه رشوة أو عوضا عن حق مجرد كمـا قال تقي العثماني، إضافة إلى ذلك أن الإجارة لا تصح إلا إذا كان لمدة معلومة كما قال ابن المنذر:" أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والـدواب جائـز ولا يجوز إجارها إلا في مدة معينة معلومة"[١] فلو حصل العقد لمدة مجهولـة بأن يدفع المستأجر للمؤجر عشرين ألفا دفعة واحدة كبدل الخلو، وألفا كل شهر كأجرة شهرية يكون العقد باطلا لأنه لا يدري أن عشرين ألفا أجرة لأي مدة إذا لم يعينا نهاية العقد وهذه الصورة الجارية في المدن الآن.

قـال المفـتي "عبد الوهاب تبيل" أحد العلماء المعاصرين في شبه القارة أيضا بعدم جـواز هـذه الصورة وقد قال بصدد هذا الموضوع[٢]:"الأصل في الإجارة أن تكون الأجـرة معلومة ويستفيد المستأجر من العين المستأجرة لأن الإجارة عبارة عن تمليك نفع بعوض ببيان المدة.

---

١ المغني لابن قدامة ٥/ ٤٩٩.

٢ جديد فقهي مسائل ١/ ١٤٧.

بناء على هذا التعريف إذا استأجر حانوتا أو دارا لمدة معلومة وبأجرة معينة فليس بعد ذلك لبدل الخلو معنى، بل هو باطل وحرام، لأنه قد ورد منع الشرط الذي لم يرد في القرآن ولا في السنة لأن النبي صلى الله عليه قال: " ما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط أي يقول أحدهم اعتق يا فلان ولي الولاء إنما الولاء لمن اعتق".[1]

وقال الشيخ گوهر الرحمن من العلماء المشهورين في أقليم سرحد بباكستان: " وهذه الصورة من الخلو لا يجوز ولا يأتي تحت أية قاعدة من قواعد الشريعة، بل يعتبر هذا رشوة ويعتبر شرط أخذ الخلو شرطا فاسدا، لأنه يشترط في الإجارة تعيين المدة وليس للمستأجر بعد ذلك أخذ الخلو من المستأجر الأخر، إضافة إلى ذلك أن هذا نوع من الظلم لأن المؤجر يستفيد من حاجة المستأجر فلذا يعتبر هذا ظلما وغصبا ويجب على التجار أن يقوموا بإنهاء مثل هذه المعاملات وأن يقتنعوا على الأجرة فقط[2]".

وكذلك أفتى علماء السعودية والكويت بعدم جواز الخلو الوارد في هذه الصورة فقد ورد فتوى علماء السعودية تدل على تحريم الخلو ونص الفتوى: ورد فتاوى للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السعودية مايأتي[3]:

حكم ما يسمى ب (نقل القدم)

الفتوى رقم (٥١٥٧)

---

[1] رواه البخاري ص ٢٤٨.

[2] تفهيم المسائل للشيخ گوهر الرحمن ٣/ ٣٨١ الناشر مكتبة تفهيم القرآن مردان باكستان

[3] انظر فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٥/ ٨٨-٨٩ جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش. طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء الإدارة العامة لمراجعة المطبوعات الدينية الرياض – المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى سنة ١٤٢١.

س: ما قولكم يرحكم الله فيمن يأخذ أو يعطي مبلغا من المال مقابل تأجير المحل أو الشقة أو المعرض، وهذا المبلغ هو غير ثمن الإيجار المنصوص عليه في العقد، ويسمى في عرف الناس اليوم: خلو الرجل، أو القفلين، حيث هناك من يعتبر ذلك من باب أخذ أمـــوال الناس بالباطل، أفيدونا يرحمكم الله، علما بأن هذه المسألة عامة في الأسواق الـــيوم، ويخـــتلف الـــثمن المدفوع فيها باختلاف أهمية المكان ودخله، وتردد الناس المشترين عليه.

ج: إذا استأجر إنسان بيتا أو شقة أو معرضا مثلا مدة، وبقي له منها زمن — جاز له أن يؤجرها لمثله بقية تلك المدة بقليل أو كثير دون غبن، أما إن كانت مدة إجارته قـــد انتهـــت، فليس له أن يؤجره ذلك البيت أو الشقة أو المعرض —مثلا- أحدا إلا برضا المالك، وإلا كان ما أخذه من الأجر محرما، سواء كان قليلا أم كثيرا، لأن منافع البيت بعد انتهاء مدة الإجارة حق لمالك العين، فتصرف غيره فيها بغير رضاه اعتداء على حقه، فكان ممنوعا، وكان المكسب من ذلك من أكل المال بالباطل.

وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

عضو	عضو	نائب رئيس	الرئيس

عبد الله بن قعود،عبد الله بن غديان،عبد الرزاق عفيفي، عبد العزيز بن عبد الله بن باز

والفتوى رقم (٢٠٠١٣)

س: نظـــرا لأننا أصحاب عقارات وتعاملات مع الآخرين، وكثيرا ما يحصل طلب نقـــل قدم لأحد المحلات المملوكة للورثة المستعملة منهم للتجارة من قبلهم ومن قبل الآخـــرين مقابل مبلغ يتفق عليه بين وكيل البالغين وولي القاصرين، وبين طالب نقل القـــدم، وأحيانا نطلب نحن نقل قدم أحد المستأجرين من محلات لآخرين مقابل مبلغ

يـــتفق عليه معه، ونحل محله في استئجار المحل، وطلبات نقل القدم غير طلب الإخلاء، حيث يترك منقول القدم ما في المحل من ديكورات ومكيفات وإنارة وهواتف وغيرها من التحسينات المنقولة وغير المنقولة بخلاف الخلو، والمبلغ الذي يدفع لنقل القدم عبارة عـــن عوض عن تلك المنقولات، ورغبة المحل وتعويض للأضرار والنفقات التي تترتب عـــلى منقول القدم من المحل جراء نقله لبضائعه منه إلى مكان آخر، وبالرغم من أن هـــذه التصـــرفات عرف جار بين التجار في المملكة من عشرات السنين إلا أن أحد الورثة سمع بعدم شرعية نقل القدم، وحيث إننا بصدد نقل القدم من محل وتوقفنا لحين معرفة الوجه الشرعي في المسألة، لأننا لا نريد أي تعامل محرم، ولكننا لا نريد أيضا أن نـــترك ما فيه مصلحة للقصار بصفة خاصة، ولبقية الورثة بصفة عامة، في حال كون هذا التعامل جائز شرعا.

علـــيه نـــرجو من سماحة الوالد التكرم بإفتائنا في هذه المسألة جزاكم الله عنا وعن الإســـلام والمســـلمين كل خير، وبارك في عمركم وحفظكم من كل سوء ومكروه آمين.

ج: إذا استأجر إنسان بيتا أو شقة أو معرضا مثلا مدة، وبقي له منها زمن، جاز له أن يؤجـــرها لمثله بقية تلك المدة بقليل أو كثير، دون غبن، أما إن كانت مدة إجارته قد انتهت فليس له أن يؤجر ذلك البيت أو الشقة أو المعرض -مثلا- أحدا إلا برضا المـــالك، وإلا كان ما أخذه من الأجرة محرما، سواء كان قليلا أم كثيرا، لأن منافع البيت بعد انتهاء مدة الإجارة حق لمالك العين، فتصرف غيره فيها بغير رضاه اعتداء على حقه، فكان ممنوعا، وكان الكسب من ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، لكن إذا كان المستأجر للمحل له مال في المحل من فرش أو ديكورات أو مكيفات أو إنارة، ونحـــو ذلك فلا مانع أن يتفق المالك أو المستأجر الجديد مع مالكها على ثمن معلوم

لـــتلك الأمـــوال، ولا يسمى هذا نقل القدم، وإنما هو بيع لتلك الأشياء التي يملكها المســـتأجر، وإن لم يرغب المالك أو المستأجر الجديد شراءها فعلى صاحبها أن ينقلها لانتهاء مدة إجارته.[1]

وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

عضو	عضو	عضو	نائب الرئيس	الرئيس
بكر أبو زيد-	صالح الفوازان،	عبد الله بن غديان،	عبد العزيز آل الشيخ	ابن باز

وقـــد ورد في مجمـــوع الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية تحريم الخلو، ونص الفتوى: " الخلو في الشريعة الإسلامية:

٤/٤ /٨٣ (٢٦٦) حضر إلى اللجنة المدعو/ عبد الله وقد سأل الأسئلة الآتية:

قدر الله لي أن أبيع محلي ولا أدري أن هذا حلال أم حرام مع أنني عندما بعت المحل كان بداخله ميزان وأجريت للمحل بعض التصليحات وقد تركتها للمشتري الجديد؟

وبعد استعراض السؤال ودراسته أجابت اللجنة:

أن أخذ المستأجر من المستأجر التالي له ما يسمى بخلو لايجوز.

أمـــا أخـــذ عوض عما في المحل من موجودات قائمة فعلا بالمحل بالسعر الذي يتراضيان عليه من غير إكراه لأحد الطرفين فيجوز. والله أعلم.

رفع الإيجار بدلا من الخلو ٧/ ٤/ ٨٣

(٢٦٧) قدمت إلى اللجنة أسئلة شركة تجارية، وكانت كالتالي:

نحـــن مقبلون على بناء مجمع تجاري بإحدى مناطق الكويت وكما تعلمون أن فكـــرة التأجير بطريقة الخلوات منتشرة، وحيث إن نظام شركتنا الأساسي ينص

[1] المصدر نفسه ١٥/ ٩١ –٩٢.

عـــلى تطبيق الشريعة الإسلامية، فإننا نسأل عن مدى تمشي نظام الخلو والشريعة الإسلامية، وهل يمكننا ترك الخلو والاستعاضة عنه بزيادة القيمة الإيجارية مثلا، وفي حـــال إذا كـــان هذا أو ذاك مخالفا للشريعة الإسلامية فما هي الطريقة المثلى التي تقترحونها، والتي تحقق لنا العائد المناسب ويقرها ديننا الحنيف؟

أجابت اللجنة:

إن الاستعاضـــة عن الخلو برفع القيمة الإيجارية أمر جائز، ويجري على البدل كل أحكام الأجرة، بحيث لو فسخ العقد يسترد المبلغ المقدم الذي يخص الفترة الباقية.[1]

وذهـــب فـــريق من العلماء إلى جوازه فقد ذكر الدكتور وهبة الزحيلي جواز الصورة المذكورة من الخلو ونسبه إلى بعض الأئمة الحنفية والشافعية فقال:" وأما مـــا يأخذه المستأجر من الفروغ مقابل تنازله عن اختصاصه بمنفعة العقار المأجور لشـــخص آخـــر يحل محله فهو جائز أيضا، فقد صرح الشافعية أثناء كلامهم عن صيغة عقد البيع بما يقارب هذا المعنى فقالوا: " لا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصـــاص – أي عند التنازل عن حيازة النجاسات لتسميد الأرض- كأن يقول رفعت يدي عن هذا الاختصاص، ولا يبعد جواز أخذ العوض عن نقل اليد، كما في الترول عن الوظائف"[2].

إلا أن ذلـــك كله مقيد شرعا ضمن مدة الإيجار المتفق عليها، وتنازل المستأجر لغـــيره بعوض بعد انتهاء المدة مرهون برضا المالك، وبالرغم من أن أصل المذهب الحـــنفي لا يجـــيز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة، وكذا لا يجوز بيع

---

[1] انظر مجموع الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية ١/ ٣٦٦- ٣٦٧، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ -١٩٩٦، الكويت وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

[2] حاشية البجيرمي على شرح الخطيب " الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع" ٣/ ٣ مطبعة البابي الحلبي.

الحق، فإن كثيرا من الحنفية أفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال كالإمامة والخطابة والأذان ونحوها، وتستند هذه الفتوى إلى الضرورة وتعارف الناس وبالقياس على ترك المرأة قسمها لصاحبها، لأن كلا منهما مجرد إسقاط للحق، وقياسا على أنه لا يجوز لمتولي النظر على الأوقاف عزل نفسه عند القاضي، ومن العزل : الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره، وقد جرى العرف بالفراغ بعوض.[1]

هذا وقد وجدت رسالة للمتأخرين من علماء المالكية بعنوان " جملة تقارير وفتاوى في الخلوات والإنزالات عند التونسيين" لمفتي المالكية إبراهيم الرياحي[2] بتونس (المتوفى سنة ١٢٦٦هـ) والشيخ محمد بيرم الرابع التونسي[3] والشيخ الشاذلي بن صالح باس[4] يقررون فيها جواز المعاوضة عن الخلوات عملا بالعرف والعادة، ولأن المستأجر يملك المنفعة، فله أن يتنازل عنها بعوض كالإجارة وبغير عوض كالإعارة[5] فقد نقل البناني عن البرزلي عن الوظيفة ما يقتضي جوازه، ونقل فتوى

---

[1] الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٥.

[2] هو إبراهيم بن عبد القادر بن أحمد الرياحي التونسي، أبو إسحاق: فقيه مالكي من أهل المغرب، له نظم، ولد في تستور عام ١١٨٠هجري وتوفي بتونس عام ١٢٦٦هجري وولى رئاسة الفتوى فيها، له رسائل وخطب جمع أكثرها في كتاب سمي "تعطير النواحي بترجمة الشيخ سيدي إبراهيم الرياحي، ومن تصانيفه: ديوان خطب منبرية "و" حاشية على الفاكهي"و" التحفة الإلهية" و"نظم الأجرومية"
(معجم المطبوعات ص ١٣٨١، الأعلام ١/ ٤٨).

[3] هو الشيخ محمد "بيرم الرابع" ابن محمد بيرم الثالث المتوفي سنة ١٢٥٩هجرية، ابن محمد بيرم الثاني المتوفي سنة ١٢٤٧ هجرية، ابن محمد بيرم الأول المتوفي سنة ١٢٤٠هجرية، أول من لقب بشيخ الإسلام في تونس، مولده في تونس عام ١٢٢٠هجري، ووفاته فيها عام ١٢٧٨هجري، كان عالما بالحديث، له اشتغال بالتراجم وإحاطة حسنة بالأدب، ولي أعمالا أخرها ا لخطط الدينية، بحيث لا يلي أحد منها شيئا إلا بانتخابه، وصنف كتبا منها، "تراجم خطباء الحنفية"و" الجواهر السنية" وغيرهما.
(عنوان الأريب ٢/ ١١٧، وفهرس الفهارس ١/ ١٧٤، والأعلام ٧/ ٧٤).

[4] الشيخ الشاذلي بن صالح باس

[5] راجع الفروق ١/ ١٨٧.

الفاسيين "نسبة إلى مدينة فاس" بجواز بيع الخلو، وقال الشيخ محمد بيرم: وما أشبه الخلو بالمغارسة، غير أن الخلو لا تحصل به ملكية الرقبة لتعلقه بالمنفعة.

ولكـــن ما نقله الدكتور وهبة الزحيلي عن الحنفية وغيرهم قد نفى هذا الكلام الشـــيخ تقـــي العثماني وذكر أن ما يجري اليوم في الأسواق من الخلو لم يقل به الحنفية والمالكية بجوازه، وتقدم كلام الشيخ في هذا الموضوع وزاد أن هذا لا يجوز ولم يقل به أحد من العلماء القدامى بجوازه وقال: "وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك، والحال أنه ليس فيه نص عنه، ولا عن أحد من أصحابه، حـــتى قـــال الـــبدر القرافي من المالكية، إنه لم يقع في كلام الفقهاء التعرض لهذه المســـألة، وإنمـــا فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي، بناها على العرف وخرجها عليه، وهو من أهل الترجيح، فيعتبر تخريجه وإن نوزع فيه، وقد انتشرت فتـــياه في المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول ،ولكن الذي يظهر لي بعد مراجعة كتب المالكية الذين ينسب إليهم جواز الخلو، أن ما أفتوا بجوازه ليس هو الخلو المتعارف في عصرنا، والذي هو عبارة عن حق الاستئجار المجرد، بدون أن يكـــون للمستأجر في الدار أو الحانوت عين قائمة، ولم أر عندهم جواز ذلك، بـــل وجـــدت خلافـــه، وإنما الخلو الذي أجاز المالكية أخذ العوض عنه له صور أخرى، للمستأجر في جميعها أعيان قائمة مستقلة في الدار أو الحانوت.

وأمـــا الحنفـــية فقد استدل بعضهم على جواز الخلو بمسألة في الفتاوى الخانية وهي:

رجـــل باع سكنى له في حانوت لغيره، فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا، فظهر أنها أكثر من ذلك، قالوا: ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب".

فـزعم المستدلون أن المراد بالسكنى في هذه المسألة هو عين الخلو، ولكن حقق الشـرنبلالي أن المراد بالسكنى عين مركبة في الحانوت، وهي غير الخلو، فلا يصح أن يستدل به على جواز الخلو عند الحنفية، فشراء السكنى شراء للعين لا للخلو.

تـبين أن العلماء المعاصرين أيضا لم يتفقوا على مسألة الخلو، ولكن بعد تتبعي لهـذه الأراء والأدلة التي استندوا إليها يظهر لي والعلم عند الله أن الخلو بمطلقه لا يجـوز، لأن هذا المال عوض عن حق مجرد، وكذلك يعتبر هذا رشوة أيضا إلا إذا كان هناك ضرورة فللمسألة حل آخر كما ذكر كثير من علماء الهند المعاصرين وهـو أن يـأخذ المؤجر من المستأجر مبلغا مقطوعا يعتبر كأجرة مقدمة لسنين معلومـة، ويأخذ إضافة إلى ذلك أجرة شهرية أو سنوية، وتجري على هذا المبلغ أحكـام الأجرة بأسرها، فلو انفسخت الإجارة قبل انتهاء مدتّها المتفق عليها لأي سبب من الأسباب، وجب على المالك أن يرد على المستأجر مبلغا يقع مقابل المدة الباقية من الإجارة.

هـذا وقـد ذكر الشيخ تقي العثماني بعض القواعد المتعلقة في الاعتياض عن الحقوق وهي على النحو التالي:

١- إن الحقـوق التي شرعت لدفع الضرر، لا على وجه الأصالة، لا يجوز الاعتياض عنها بصورة من الصور، لا عن طريق البيع ولا عن طريق الصلح والتنازل، مثل حق الشفعة، وحق القسم للمرأة، وخيار المخيرة.

٢- إن الحقوق التي ليست ثابتة الآن، وإنما هي متوقعة في المستقبل، لا يجوز الاعتياض عنها بصورة من الصور، كحق الوراثة في حياة المورث، وحق الولاء في حياة المولى.

٣- إن الحقوق الشرعية التي ثبتت لأصحابها أصالة، ولكنها لا تقبل الانتقال من واحد إلى آخر، لا يجوز الاعتياض عنها عن طريق البيع، ولكن يجـــوز عن طريق الصلح والتنازل بمال، مثل حق القصاص، وحق الزوج في بقاء نكاحه مع زوجته، (يجوز الصلح عنه بالخلع والطلاق على مال).

٤- إن الحقـــوق العرفـــية التي هي عبارة عن منافع دائمة من مرافق الأعـــيان، مثل حق المرور في الطريق، وحق الشرب والتسبيل وغيره، يجوز بيعها عند الشافعية والحنابلة مطلقا، وكذلك يبدو من بعض فروع المالكية، والقول المختار عند المتأخرين من الحنفية أن ما كان من هذه الحقوق متعلقا بالأعيان الثابتة، فهو مال حكما، يجوز بيعه وشراؤه، مثل حق المرور، وحق الشـــرب، وحـــق التسبيل، بشرط أن لا يكون هناك مانع آخر من جواز البيع، كالغرر والجهالة.

ولا يجـــوز بـــيع حق التعلي عندهم، لأنه ليس متعلقا بعين ثابت، ولكنه يجوز التنازل عنه بمال عن طريق الصلح.

٥- إن للعـــرف مجالا في إدارج بعض الحقوق في الأموال فإن المالية تثبت بتمول الناس، كما يقول ابن عابدين رحمه الله: إن حق الأسبقية، مثل حـــق الإحـــياء بعد التحجير، لا يجوز بيعه في القول المختار عند الشافعية والحنابلة ولكنه يجوز عندهم الترول عنه بمال".

المختار عند الحنفية أن حق الوظيفة، وإن كان لا يجوز بيعه، ولكن يجوز الترول عنه بمال، وكذلك حق استئجار الدار أو الحانوت، لا يجوز بيعه، ولكن يجوز التنازل عنه بعوض مالي.

وأيضـــا ذهب بعض علماء الهند المعاصرين إلى جوازه من هؤلاء المفتي نظام الدين مفتي دار العلوم ديوبند فقد قال بجوازه وذكر:

أ- يجوز لمالك المكان أن يأخذ بدل الخلو إضافة إلى الإجارة إلا أن الأفضل تركه.

ب- إذا أضاف المستأجر في المكان المستاجَر حانوتا أو بناء أو كان له فيه أثاثا يجوزله إذا أراد استئجاره أن يأخذ أجرة أكثر مما يدفعها إلى المالك.

جـــ - لـــيس في الهند لأحد حق في تغيير القوانين الموجودة فلهذا يجوز عند الضرورة الإضطرار أن يستأجر ويتعامل تحت تلك القوانين.

وقـــال بجواز الخلو مفتي خليل أحمد صاحب جامعة نظامية حيدرآباد في دار الحرب فقط وجعله محرما في دار الإسلام إلا أنه قسمه إلى قسمين حيث قال[1]:

يجوز في الدول غير الإسلامية معاملة الخلو لأن الفقهاء صرحوا بأن المواطنين في دار الحـــرب يجوز لهم بيع الدم وغيره من الأشياء المحرمة فبناء على هذا يجوز بدل الخلوأيضا، ولكن في الدول الإسلامية تحتاج المسألة إلى التفصيل:

الخلو ينقسم إلى قسمين:

١- أن ياخذ مالك المكان بدل الخلو من المستأجر وإلى جانب ذلك ياخذ منه شهريا أجرة معينة، ثم المستأجر عند تخلية المكان يطلب بدل الخلو من المستأجر الثاني زيادة أو ناقصة، ويدفع المستأجر الثاني الأجرة الشهرية إلى المالك.

---

[1] جديد فقهي مسائل ١/ ١٤٨.

٢- في هذه الصورة لم ياخذ المالك من المستأجر بدل الخلو، ولكن جـــرت العادة في السوق أن المستأجر يؤجر المكان المستأجَر ويأخذ بدل الخلو المستأجر الثاني، ويدفع الأجرة إلى مالك المكان.

في الصـــورة الأولى يرد السؤال في مقابل أي شئ يأخذ بدل الخلو، لأنه ياخذ بـــدل المكان أو الحانوت أجرة معينة لهذا لا يجوز هذا النوع من الخلو.ولكن إذا كـــان بدل الخلو يحسب لمدة معينة من الإجارة، لأنه لا يستطيع أن ياخذ الأجرة كل شهر ففي هذه الصورة يجوز بدل الخلو.

إذا اســـتأجر المستأجربنفســـه المكان وأخذ بدل الخلو فقد تصرف في شئ ما لايجوز له تصرفه، وأنه قد سلب حقوق المالك.

وذهـــب الشيخ محمد آدم بالبنوري كاكوسي أحد علماء شبه القارة إلى جوازه أيضا وقال:يجوز لمالك المكان بدل الخلو، لأن هذا أجرة معجلة وأما الأجرة الشهرية فهي أجرة مؤجلة، وإذا كانت مدة الإجارة غير معينة في هذه الحالة طلب المالك من المســـتأجر أن يدفـــع أجـــرة الشهرالأول مائة ألف وخمسمائة، ثم يدفع لكل شهر خمسمائة، وهذا يجوز[1].

تـــبين مما تقدم من أراء العلماء أن لهم ثلاثة أراء الأول قال بعدم جواز هذا القسم من الخلو وهو مذهب أكثر العلماء وذهب البعض إلى جوازه وذهب القليل منهم إلى جوازه في دار الحرب فقط وعدم جوازه في دار الإسلام و لم أجد له دليلا فلذا أرى أن هذا التفريق ليس له مبرر.

---

[1] كفاية المفتي ٧/ ٣٣٩

وبعد هذا أرى أن الأولى بالإتباع هو المذهب الأول القائل بعدم جوازه، لكون هذا النوع من الخلو رشوة وشرط فاسد، ولا يأتي تحت أية قاعدة من قواعد الشريعة، وأن العـــلماء القائلين به قد ذكروا بدلا عن هذا مما يحل المشكلة وسوف نذكر ذلك في القسم الثاني من الخلو. والله أعلم.

الصورة الثانية من القسم الأول: وهي اشتراط رد بدل الخلو حين إخلاء المكان.

في هـــذه الصورة للمستأجر اختيار في إخلاء المكان أوعدم إخلائه،لأنه قد ثبت له جميع الحقوق والتصرفات، و لم يبق للمالك سوى أخذ الأجرة.

وهـــذه الصورة مثل الأولى وشرط رد بدل الخلو يعتبر معاهدة كمعاهدة البائع مع المشتري حين يشترط المشتري على البائع أنه إن رد المبيع يرد إليه مثل ما دفع، ولكن الالتزام بهذه المعاهدة لايلزم، لأن هذا الشرط ليس من مقتضى العقد.

وهذه الصورة تشبه بيع الوفاء الذي قال به متأخرو الحنفية وهو عبارةعن: أن يبيع إلى النقود عقارا على أنه متى وفى الثمن استرد العقار[1]، تردد بين كونه بيعا أو رهنا، ثم استقر على هذا الاسم الخاص به والله أعلم.

ثبت من هذا أن حكم الصورة الأولى والثانية سواء والله أعلم.

صـــورة أخرى متفرعة عن الصورة الثانية للقسم الأول: وهي أن المالك إذا أراد استرداد المكان أو الحانوت يجب عليه أن يرد بدل الخلو.

والعـــلماء أيضا اختلفوا في حكم هذه الصورة فذهب البعض إلى عدم جواز هذا النوع من الخلو لأن الخلو ليس بأجرة ولو كان أجرة لما صح رده، لأن الأجرة لا ترد، وهنا قد اشترط ا لرد، وكذلك لا يعتبر الخلو.

وإن قـــال قائل الخلو ليس بأجرة بل الأجرة منفعة الرقم المأخوذ، فيعتبر هذا أجرة إضـــافة إلى الأجـــرة، لأن مالك المكان ينتفع بهذا الرقم وعند إخلاء المكان يرده إلى المســـتأجر، أجيـــب عن هذا بأنه لا يصح إطلاق الأجرة على المنفعة المذكورة، لأن

---

[1] الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٢٥٧ والمجلة المادة "٣٩٦- ٤٠٣"

الأجرة تصح إذا صارت ثمنا للمبيع، وأماالمنفعة المحضة لا تعتبر ثمنا للمبيع فلذا لا تصح أن تكون أجرة.[1]

وأيضا لا يصح هذا النوع من الخلو لكون الأجرة مجهولة، والمدة غير معلومة، لأنه لا يدرى كم مدة ينتفع بهذا الرقم من النقود.

وبدل الخلو إما أيكون قرضا أو رهنا وتفصيله كالأتي:

الأول: صورة القرض

أن يشترط الرد عند إخلاء المكان، وهذا يعتبر قرضا، إلا أن إطلاق القرض على هذا لا يصح، لأن تعريف القرض يطلق عليه، حيث أن القرض عبارة عن عقد مخصوص أي بلفظ القرض ونحوه يرد على مال مثلي.[2]والقرض بشرط المعاملة يعتبر ربا، يدخل تحت القاعدة " كل قرض جر نفعا فهو حرام".

هذه المعاملة وإن كانت في الأصل ليست معاملة القرض، حتى و لم يرد ذكر القرض، ولكن في الحقيقة يدخل ضمن موضوع القرض، لأن مالك المكان إلى وقت رد الخلوله الاختيار الكامل والتصرف المطلق، وأنه ينتفع بهذا الرقم، والمستأجر قد رضي به، وأجاز له الانتفاع، وهذه الأمور واردة في القرض أيضا، بناء على هذا مجرد عدم ذكر القرض لا تخرج المسألة عن القرض.

ونظائر هذه المسألة موجود في كتب الفقه، فعلى سبيل المثال المضاربة، إذا دفع المالك المال إلى المضارب وقال له اتجر بهذا المال مضاربة على أن الفائدة كلها لك، فهذه المعاملة وإن كانت في الظاهر مضاربة ولكن في الحقيقة قرض، وإن لم يرد ذكر القرض، ويطبق عليها حكم القرض، قال ابن عابدين: " وإن شرط كل الربح

---

[1] انظر مجمع الأنهر ٢/٢٦١.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٩٦.

للمضـــارب فمستقرض فإن استحقاق كل الربح لا يكون إلا بعد أن يصير رأس المال ملكا له، لأن الربح فرع المال، واشتراطه له يوجب تمليك رأس المال اقتضاء.[1]

وكذلك لو دفع النقود والثمن عارية يعتبر المعاملة في الظاهر عارية وفي الحقيقة قرض، لأن الفقهاء يطلقون على هذه المعاملة اسم القرض كما قال ابن عابدين: " وعارية الثمنين قرض".[2]

وتأيـــيدا لهذا ذكر الشيخ التهانوي صورة مشابهة لهذه، وهي العرف الجاري في بلادنـــا أن الـــزوج وأقـــرباءه يدفعون إلى المرأة التي يريد بها الزواج بعض الهدايا والأمتعة، وطبق القانون يسجل هذه الهدايا والأمتعة، والزوج ينتظر أنه عند الزواج يـــرد إلى المهـــدي مثل هذه الأمتعة أو زيادة منها، فإن لم يرد إليه فللمهدي حق الشكوى.

يزيد الشيخ التهانوي أن هذه الصورة من الهدايا تعتبر قرضا، يجري عليها أحكام القرض، حتى أنها تنتقل إلى الورثة.

بناء على ذلك بدل الخلو مهما أطلق عليه أي اسم فهو قرض وإن لم يرد ذكر القرض مطلقا، لأنه اشترط الرد عند تخلية المكان، ومالك المكان ينتفع ببدل الخلو كما ينتفع المقترض بالقرض.

أحكام المسائل المذكورة:

قلـــنا أن هـــذه المسألة تدخل تحت حكم القرض، وحكم القرض على النحو التالي:

---

[1] المصدر نفسه ٤/ ٤٨٤، ومجمع الأنهر ٢/ ٣٢٢.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٤.

١- لا يجوز تأخير القرض عن وقته المحدد، وإن رده قبل وقته فله ذلك.[1]

فعلى هذا يجوز للمستأجر أن يطلب من مالك المكان رد الخلو، والمالك وإن كان غير مكلف برده قانونا إلا أنه من ناحية الشرع يلزم عليه رده.

٢- إذا طلب المستأجر رد الخلو قبل وقته المحدد ومن غير أن يكون محتاجا إليه يعتبر مخالفة للوعد، فلا يجوز ديانة أن يطالب مالك المكان برده خلوه قبل إكمال وقته، ولكن من ناحية القضاء له هذا الحق.

٣- بعد مطالبة المستأجر برد الخلو لا يجوز للمالك التأخير وخاصة إذا كان قادرا عليه، لأن مطل الغني ظلم.

٤- إذا توفي المستأجرقبل انتهاء الإجارة وقبل إخلاء المكان ينتقل حق الخلو إلى ورثته، فيجوز لهم مطالبة المالك برد الخلو بعد إخلاء المكان.

٥- وفي الحقيقة حكم هذه الصورة حكم الضمار[2]، لأنه ليس للمستأجر حق قانوني أن يطلب قرضه من غير إخلاء المكان، فلهذا يجري عليه أحكام الضمار، وهو أنه متى استلم المال يجب عليه الزكاة. والله أعلم.

الثاني صورة الرهن:

أن يعتبر بدل الخلو رهنا، ولكن يرد الإشكال هنا أن الأمانات، والشيئ المستأجَر الذي يأخذ الأجرة عليه، لا يصح أخذ الرهن في عوضه.[3]

---

[1] الهداية ٢/ ٦٠.

[2] الضمار هو مال تعذر الوصول إليه مع قيام الملك (طحطاوي ٢٩٠).

[3] الهداية ٤/ ٥١٠، وفتاوى قاضي خان ٣/ ٥٩٦.

ويجـــري عليه جميع أحكام الرهن، لأن تعريف الرهن يطلق عليه حيث أن الرهن عبارة عن: حبس شيئ بحق يمكن استيفاؤه أي استيفاء الحق من ذلك الشيئ[1].

ومن ناحية اللغة أيضا يصح إطلاق تعريف الرهن على الخلو، لأن الرهن في اللغة عـــبارة عن حبس الشيئ مطلقا بأي سبب كان قال الله تعالى: " كل نفس بما كسبت رهينة"[2] رهينة أي محبوسة.

وقال ابن نجيم: إن حمل الرهن على ا لمعنى اللغوي غير بعيد[3]

وعـــلى هذا متى ما اشترط رد الخلو يدخل ضمن مسألة الرهن، لأن مالك المكان يأخذ بدل الخلو لكي يطمئن من مكانه لئلا يقبض عليه المستأجر وأن لا يغصبه، فإن غصبه فالمالك لا يرد بدل الخلو.

وفي الـــبداية كـــان الخلو هكذا، كان مالك المكان لأجل الاطمئنان والتوثيق يأخذمن المستأجر بدل الخلو، ثم تطور هذا الموضوع فيما بعد.

ويصح في بدل الخلو كما هو في الرهن، رهن الحجرين، والمكيل والموزون، والمراد بالحجـــرين — الذهـــب والفضة، وإنما جاز رهن هذه الأشياء لإمكان الاستيفاء منها فكانـــت محـــلا للـــرهن.[4] وفيما يلي نوضح موقف الفقه من جواز الرهن في عوض الأمانات أو عدم جوازه:

الرهن في عوض الأمانات:

الـــرهن في عـــوض الأمانـــات والإيجار مثل دكان أو مكان أو شئ آخر كسيارة وغيرها، لا يصح، وقد ذكر الفقهاء أنه لا يجوز الرهن في عوض هذه الأشياء.

---

[1] مجمع الأنهر ص ٧٨٤.

[2] سورة المدثر الآية ٨٣

[3] حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٧.

[4] البحر الرائق ٨/ ٢٨٢.

قال قاضي خان: " ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع"[1].

"وكذا لو رهن المستأجر بالعين الذي استأجره كان باطلا".[2]

ولكن مع ذلك هناك مجال للرهن في مقابل الأمانة والأجرة وذلك لوجهين:

الوجـــه الأول: أن المعنى اللغوي للرهن يشمل ذلك، كما قال العلامة ابن نجيم: حيـــث ذكر أن المعنى اللغوي للرهن يدل على جواز الرهن في مقابل الأمانة، وقد قال العلامـــة ابن عابدين في ذلك: " لا يصح الرهن بالأمانات إن شرط — أي إن شرط واقـــف الكتب أن لا يخرج إلا برهن-فهو شرط باطل، لأنه أمانة فإذا أهلك لم يجب شئ" ثم ذكر وقال: " وذكر في الأشباه في بحث الدين أن وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوي غير بعيد"[3].

بناء على هذا يصح الرهن في عوض الأمانة كما يصح في مقابل أجرة المكان أيضا لأن العين المستأجرة أمانة، حيث قال صاحب الهداية:" إن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر"[4].

الوجـــه الـــثاني: أن الأحكام الفقهية تتغير بتغير الزمان والمكان، لأن أحكام الفقة مـــرنة، تـــتلاءم مع كل زمان ومكان، وكان في القديم يستطيع المستأجر أن يعطي الاطمئـــنان لمـــالك المكان بأي وسيلة من الوسائل، و لم يكن هناك خطر على ضياع المكـــان والبضـــائع، ولكن بعد فساد الناس، وكثرة معاملاتهم صعب اطمئنان مالك المكـــان، فلم يبق طريقا لحل المشكلة إلا بإعطاء مبلغ معين يكون رهنا لدى المؤجر يرده عند إخلاء

---

[1] الهداية ٤/ ٥١٠.

[2] فتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية ٣/ ٥٩٦.

[3] حاشية ابن عابدين ٥/ ٢١٧.

[4] الهداية ٣/ ٢٩٢.

المستأجر المكان، ولا شك أن العلماء يجيزون تعديل بعض المسائل بسبب التطور وتغيير الزمان، فعلى سبيل المثال ليس على الساعي[1] والأجير المشترك ضمان، ولكن مع فساد الزمان قال الفقهاء بضمانهما، وقد قال ابن عابدين في هذا المورد: " ثم اعلم أن كثيرا من الأحكام التي نص عليها المجتهد صاحب المذهب بناء على ما كان في عرفه وزمانه قد تغيرت بتغير الأزمان بسبب فساد أهل الزمان أو عموم الضرورة، ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن الضمان على المباشر دون المسبب ولكن أفتوا بضمانه زجرا لفساد الزمان، وتضمين الأجير المشترك".[2]

فعلى هذا أخذ بدل الخلو في مقابل العمارة أو الحانوت قبل بنائهما، بل يكون بناؤهما بهذا المال، فأئمة الحنفية أجازوا ذلك ولكن بقية الأئمة قالوا بعدم جوازه[3].

أحكام هذه الصورة:

وأحكام رد الخلو الذي اعتبر رهنا على النحو التالي:

١-الشيء المرهون (بدل الخلو) يكون تحت يد مالك المكان إلى وقت إخلاء المستأجر مكانه.

١- لا يجوز للمالك أن يستفيد من الرهن إلا إذا أجاز له المستأجر ففي هذه الصورة أجاز له بعض العلماء كابن عابدين وغيره الانتفاع به.[4]

---

[1] الساعي مفرد جمعه سعاة، من سعى الرجل: إذا عدا، وكذا إذا عمل وكسب، وكل من ولي شيئا على قوم فهو ساع عليهم ومنه (الساعي على الأرملة والمسكن) والساعي يطلق غالبا على الذي أوكلت إليه جباية الصدقات أو غيرها من التكاليف المالية (Tax- Collector,Revenue officer)
راجع معجم لغة الفقهاء ص ٢٣٨

[2] انظر رسم المفتي ص ٩٦.

[3] رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٥٠

[4] وقد صرح ابن عابدين خلاف هذا الرأي فليراجع.

٢- زكاة هذا المال يجب على المستأجر إذا قبضه ولا يجب عليه زكاة السنوات الماضية لأنه يدخل في حكم مال الضمار، لأن تعريفه صادق عليه.

٣- إذا تـوفي مالك الحانوت أو المستأجر تنتهي المعاملة على رأي الحنفية وتبقى على رأي الجمهور[١].

وقال الشيخ تهانوي ومفتي شفيع: الأصل أن المعاملة تتم بين المالك والمؤجر، إلا أن المعاملات تتغير بسبب الضرورة والإبتلاء العام، فتنتقل هذه المعاملة إلى الورثة. والله أعلم.

تـبين أن بـدل الخلو يصح عند بعض العلماء في صورتين إذا اعتبر بدل الخلو قرضا أو رهنا إلا أن الأفضل أن يجعل مثل القرض وذلك لعدة أمور منها:

١- في صورة القرض ليس من الضروري العدول عن أصل المذهب.

٢- في صـورة القرض يستطيع مالك المكان أن ينتفع من دون أي خطـر بخـلاف صورة الرهن لأن في صورة الرهن الانتفاع بعدالإذن فيه خلاف بين الأئمة.

٣- في صـورة القـرض لا يوجـد أية مشكلة بعد وفاة المالك أو المستأجر، بخلاف صورة الرهن، ففيها كثير من المشاكل. والله أعلم.

والعـلماء القائلون بعدم جواز الخلو في الصورة الأولى ذكروا بديلا لحل ا لمشكلة والـبديل هو هذه الصورة وقد قال الشيخ تقي العثماني في هذا المورد" وأصل الحكم في الخلو عدم الجواز، لكونه رشوة أو عوضا عن حق مجرد" ثم ذكر بديلا لحل المشكلة وقال: " نعم! يمكن تعديل النظام الرائج للخلو إلى ما يلي:

---

١ مجمع الأنهر ٢/ ٤٠١.

١- يجوز للمؤجر أن يأخذ من المستأجر مقدارا مقطوعا من المال، يعتبر كأجرة مقدمة لسنين معلومة، وهذا بالإضافة إلى الأجرة السنوية أو الشهرية، وتجري على هذا المبلغ المأخوذ أحكام الأجرة بأسرها، فلو انفسخت الإجارة قبل أمدها المتفق عليه لسبب من الأسباب، وجب على المالك أن يرد على المستأجر مبلغا يقع مقابل المدة الباقية من الإجارة.

٢- إذا كانت الإجارة لمدة معلومة استحق المستأجر البقاء عليها إلى تلك المدة، فلو أراد رجل آخر أن يتنازل المستأجر عن حقه، ويصير هو المستأجر بدله ، يجوز للمستأجر الأول أن يطالب بعوض، ويكون ذلك نزولا عن حق الاستئجار بعوض، ويجوز ذلك قياسا على النزول عن الوظائف بمال، ولكن يشترط لذلك أن تكون الإجارة الأصلية إلى مدة معلومة، كعشر سنين مثلا، ويتنازل المستأجر في أثنائها.

٣- إذا كانت الإجارة لمدة معلومة، لا يجوز للمؤجر أن يفسخها إلا بمبرر شرعي، فإن أراد أن يفسخها دون مبرر شرعي، جاز للمستأجر أن يطالبه بعوض، ويكون ذلك نزولا عن حقه بعوض، وهذا بالإضافة إلى ما يستحقه من استرداد جزء باق من المبلغ المقطوع الذي دفعه المستأجر، كأجرة مقدمة في بداية العقد.[1]

وهذا هو الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة المنعقدة في سنة ١٤٠٨هـ.

[1] بحوث في قضايا فقهية معاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص: ١١٤-١١٥.

وقال الشيخ گوهر الرحمن[1]: (والصورة الجائزة للخلو هي أن يتفق المالك مع المستأجر بإجارة الحانوت أو المكان ويتم بينهما معاهدة بأن يدفع ثلثي الإجارة أو النصف معجلة ويدفع الباقي كل شهر، وإن اتفقا على أن يدفع كل الأجرة معجلة يجوز ذلك أيضا وهذه الصورة تحل المشكلة مما يحدث في عصرنا من تخريب المكان، أو تأخير رسوم الكهرباء أو الغاز أو غير ذلك)

وكذلك ذهب الدكتور عبد الله جو لم عمري أحد مشايخ الهند إلى جواز مثل هذه الصورة والشيخ قد فصل الموضوع وذكر أن هذه الصورة هي الجائزة وأن الخلو ليس له اعتبار مستقل عن الأجرة الشهرية بل هو معدود منها وقال:" بدل الخلو هو أن يطالب المؤجر المستأجر بمال زائد على أجرة معينة (شهرية أو سنوية) في مقابل إخلاء الدار له أو التسليم إليه.

وليس له اعتبار مستقل عن الأجرة الشهرية أو السنوية عند الفقهاء بل هو معدود منها[2]، وعلى هذا لو انعقد الإيجار لمدة سنة على أن يدفع المستأجر للمؤجر أربعة وعشرون ألفا دفعة واحدة كبدل الخلو في بداية العقد وألفا في كل شهر كأجرة شهرية، فيعتبر عند الفقهاء أن الإيجار ثلاثة آلاف شهريا فلو انفسخ العقد بعد ثلاثة أشهر يلزم على المؤجر أن يرد إلى المستأجر ثمانية عشر ألفا، مما كان استلمه دفعة واحدة.

---

[1] تفهيم المسائل للشيخ گوهر الرحمن ٣/ ٣٨٢

[2] انظر العناية شرح الهداية ٨/ ٣٣٦.وارجع أيضا وقرار مجلس الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في جمادي الأخرة ١٤٠٠ هجري

وينبغي أن نعلم أن الإجارة لا تصح إلا إذا كان العقد لمدة معلومة كما قال ابن المنذر[1]:" أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز، ولا تجوز إجارتها إلا في مدة معينة معلومة.[2]

فلو حمل العقد لمدة مجهولة بأن يدفع المستأجر المؤجر عشرين ألفا دفعة واحدة كبدل الخلو، وألفا كل شهر كأجرة شهرية يكون العقد باطلا لأنه لا يدري أن عشرين ألفا أجرة لأي مدة إذا لم يعينا نهاية العقد، وهذه هي الصورة الجارية في المدن.

ولو حمل العقد لمدة معروفة فلا يخلو إما أن يكون المؤجر صاحب الدار أو المستأجر فإن كان المؤجر صاحب الدار فلا يخلو إما أن يطالب ببدل الخلو عند العقد أو في وسطه، فإن اتفقا على بدل الخلو عند العقد يلزم المستأجر دفعه، وإن لم يتفقا على شيئ من البدل عند العقد فإلزام المؤجر المستأجر ببدل بعد العقد لا يجوز لأنه تصرف في ملك الغير، وتوضيح ذلك أن الإجارة بيع إلا أن البيع المعروف هو بيع الأعيان والإجارة هو بيع المنفعة فإذا تمت الإجارة بالعقد فكأنه انعقد البيع بينهما وانتقلت ملكية المنفعة من المؤجر إلى المستأجر، فلا يصح تصرف المؤجر في ملكية المستأجر لأنه تصرف في ملك الغير كما قلنا.

وأما إن طالبه في مدة العقد أو بعد نهايتها لتجديد العقد لمدة أخرى فذلك جائز، لأنه بنهاية العقد تنتهي ملكية المستأجر وترجع ملكية المنفعة إلى صاحب الدار فله أن يتصرف في ملكه كيف شاء.

---

[1] هو محمد بن إبراهيم بن المنذر الشافعي النيسابوري المكي بأبي بكر، له مولفات كثيرة منها: كتاب إثبات القياس، وكتاب الإجماع، توفي سنة ٣٠٩ هجري.
(انظر وفيات الأعيان ١/ ٥٨٣، و طبقات الشافعية للسبكي ٢/ ٢٦).

[2] المغني لابن قدامة ٥/ ٤٩٩.

وأما إن كان المؤجر هو المستأجر (بأن يكون المستأجر اكترى دارا لمدة سنة مثلا فأراد أن يؤجرها غيره) فاتفق العلماء على أنه يجوز له أن يؤجره في المدة التي له فيها الحق على المنفعة[1]، أما بعد المدة فليس له ذلك.

واختلفوا من ذلك في موضعين توضيحهما فيما يلي:

الأول – هل يجوزأن يؤجر المستأجر الدار لصاحبها؟

فمنهم من ذهب إلى أن ذلك جائز له، لأن بيع المبيع من البائع وغيره جائز وإليه ذهب الجمهور.[2]

ومنهم من ذهب إلى أنه غير جائز، لأن الإجارة والملك لا يجتمعان.[3]

ونجيب بأن الإجارة والملك لم يجتمعا في محل واحد، فإن الإجارة قد وقعت على المنفعة التي قد باعها صاحب الدار، أما ملكه الباقي ففي العين فقط.

وبهذا يتضح أن تأجير المستأجر الدار لمالكها جائز.

ومن هنا نعلم أن المالك لو أراد إخلاء الدار من المستأجر في مدة الإيجار فللمستأجر الحق في مطالبة بدل الخلو فيتنازل عن حقه، أما بعد نهاية العقد فليس له ذلك، لأن بنهايته انتهى حقه ورجع الحق إلى مالك الدار.

الثاني: هل يجوز له أن يؤجر الدار بأكثر من الأجرة الأولى؟

فمنهم من ذهب إلى أنه جائز، لأن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه فكذلك الإجارة وإليه ذهب الجمهور.[4]

---

[1] بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٠٦، المغني ٥/ ٤٧٩، الوجيز للغزالي ١/ ٢٣٩.

[2] المجموع ١٥/ ٥٨.

[3] الوجيز للغزالي ١/ ٢٣٩.

[4] المغني ٥/ ٤٧٩.

ومنهم من ذهب إلى أنه إن كانت الأجرة الثانية من خلاف الأجرة الأولى طابت له الزيادة، وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من بناء أو حفر أو تجصيص فتكون الزيادة في مقابلة الزيادة، فإن لم يزد فيه شيئا فلا خير في الفضل ويتصدق به، لكن تجوز الإجارة، أما جواز الإجارة فلا شك فيه لأن الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المماراة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك، فيصح العقد، وأما التصدق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى فلأن الفضل ربح ما لم يضمن لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر بدليل أنه لو هلك المستأجر بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر[1]

وقد ورد النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن لأنه قال: " الخراج بالضمان"[2].

وأجيب: بأن هذا ليس ربح ما لم يضمن، لأن هذه المنافع مضمونة على المشتري بمعنى أنه لو تركها مع القدرة على استيفائها فلم يستوفها كانت من ضمانه وإنما تكون مضمونة على البائع إذا تلفت قبل التمكن من استيفائها.[3]

ومع هذا فإن مالك الدار يكون ضامنا لمنفعة المستأجر الأول فقط، أما منفعة المستأجر الثاني فيكون ضمانها على المستأجر الأول ويتضح ذلك بمثال:

---

[1] بدائع الصنائع ٤/ ٣٠٦.

[2] الحديث أخرجه أبوداود أنظر عون المعبود شرح سنن أبي داود ٣/ ٢٦٨ مطبعة نشر الرسالة ملتان باكستان، والترمذي راجع تحفة الأحوذي ٢/ ٢٦٠ الناشر إدارة الترجمة والتأليف فيصل آباد باكستان، وأحمد ٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧. وقال المباكفوري الحديث ضعفه البخاري وأبوداود وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن النجار وابن الجارود، وابن حبان والحاكم وابن القطان والحافظ ابن حجر. (تحفة الأحوذي ٢/ ٢٦٠- ٢٦١).

[3] فتاوى ابن تيمية ٢٩ /٣٩٩.

وهو أن عقد الإيجار ينفسخ بانهدام الدار إذا لم يمكن الانتفاع بها، فلو انهدمت الدار بعـــد ستة أشهر من عقد الإيجار وكان المستأجر الأول استأجرها باثني عشر ألفا لمدة ســـنة ثم أجـــرها للمســـتأجر الثاني بثمانية عشر ألفا فيضمن مالك الدار ستة آلاف للمستأجر الأول فقط، ويضمن المستأجر الأول للمستأجر الثاني تسعة آلاف.

والخلاصـــة: أن بـــدل الخلو جائز إذا كانت الإجارة لمدة معينة معلومة أما إذا كانـــت لمدة مجهولة فلا يجوز، وكما أنه يجوز لمالك الدار كذلك يجوز للمستأجر في مـــدة الإجـــارة فقط، وأما بعد نهاية المدة فليس له ذلك، بل يجب عليه تسليم الدار إلى مالكها من غير بدل.

القسم الثاني للخلو:

في هذه الصورة قد انتهت معاملة الإجارة ومالك المكان يدفع إلى المستأجر قدرا كبيرا من المال في مقابل إخلاء المكان، لهذه الصورة حالتان أما أن تكون مدة الإجارة لم تعين أو تكون قد تعينت:

حكم حالة الأولى:

إذا لم تعـــين مدة الإجارة وطلب مالك المكان من المستأجر إخلاء المكان، فمن ناحـــية الشريعة له حق المطالبة، لأن لصاحب الحق حقا، وعدم إخلاء المكان من قبل المستأجر يعتبر ظلما وعدوانا.

وإذا طلب المستأجر من مالك المكان في مقابل إخلاء المكان مبلغا من المال يعتبر عملـــه هذا غلط وغير صحيح، حتى ولو قال المستأجر إنما أخلو المكان بشرط أن تبـــيع مـــني هذا المتاع يعتبر هذا الشرط باطلا، لأن الفقهاء يقولون إسقاط حق

الشـــفعة في مقـــابل المال لا يجوز.وقالوا: " ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط".[1]

إذن الأصل أنه لا يجوز أن يطلب المستأجر في مقابلة تخلية المكان المبلغ، ولكن إذا لم يقـــم بتخلـــية المكـــان واضطر المؤجر إلى ذلك يجوز له أن يدفع المال إلى المستأجر، إلا أنه لا يجوز للمستأجر أخذ العوض في مقابل إخلاء المكان.

الحالة الثانية:

في هذه الحالة عينت المدة ولم تنته بعد، فللمستأجر في هذه الحالة حق مطالبة العوض، لأنه في هذه الحالة ليس فقط حق التملك كما هو في الشفعة، لأن الشفيع ليس له أي حق غير التملك، ولكن هنا قد تقرر حق المستأجر في المحل وهو حق المـــنفعة، ويجوز له أن يطلب في مقابل ترك هذا الحق عوضا، فالفرق بين الحالتين واضح وكبير، وليست الحالتان متشابهتان، ولا يصح قياس إحداهما على الأخرى.

ولا يصح في حق الشفعة أخذ المال، لأنه حق تملك محض، ولا قيمة لهذا الحق، ولكـــن هنا ليس فقط حق التملك بل وحق المنفعة، وهو يتعلق بالمحل، وله قيمة فيجوز أخذ العوض عنه.

وحقوق الحالتين قد بينها الفقهاء بالتفصيل على النحو التالي:

١- حق الشفعة هو عبارة عن ولاية الطلب، وتسليم الشفعة لا قيمة له فلا يجوز أخذ المال في مقابلته.[2]

---

[1] الهداية كتاب الشفعة ٤/ ٣٠.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٧٣.

٢- وهـــذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك، أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه.[1]

٣- حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك وما ليس بحق يتقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه.[2]

٤- لو صالح الشفيع من الشفعة، فالصلح باطل لأنه لاحق للشفيع في المحل، وإنما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في المحل، بل هو عبارة عن الولاية وإنها صفة الوالي،فلا يحتمل الصلح عنه، بخلاف الصلح عن القصاص لأن هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في الملك.[3]

٥- بخـــلاف الاعتـــياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح لأن ذلك كله متقرر في المحل.[4]

تـــبين مـــن العبارة المذكورة أن هذا الحق لازم ومتقرر في المحل، فعلى هذا يصح العوض بطريقة المصالحة، وكذلك في الإجارة إذا كانت المدة معلومة، وطلب المؤجر مـــن المستأجر تخلية المكان قبل انتهاء المدة يجوز للمستأجر مطالبة العوض في مقابل تخلية المكان عن طريق الصلح، لأن منفعة المكان ثابتة له، فعند تركها يجوز له مطالبة العوض. والله أعلم.

---

[1] الهداية ٣/٣٣١.

[2] العناية شرح الهداية ٨/ ٣٣٦.

[3] البدائع ٦/ ٤٩.

[4] كفاية شرح الهداية ٨/ ٣٣٨.

القسم الثالث للخلو:

هذه الصورة من أهم صور الخلو، وهي أن المستأجر قد دفع بدل الخلو إلى المالك، ثم المستأجر استأجره لآخر من غير إذن المؤجر أو مالك المكان، وأخذ عنه بدل الخلو أكثر مما دفعه هو إلى مالك المكان.

تقدم في الصورة الأولى أن العرف الآن جار في كثير من المناطق أن المستأجر يدفع رقما معينا من المال إلى المؤجر، ثم لا يستطيع المؤجر مطالبة إخلاء المكان، وقلنا أنه في هــذه الحالة يعتبر بدل الخلو ثمنا، والشئ المستأجر مبيعا، وأن جميع الحقوق ثابتة الآن للمســتأجر فهــو يتصرف فيه مايشاء، وأنه يدفع إلى المؤجر أجرة الأرض لا أجرة المكــان، وفي هذه الصورة ملكية المكان ثابت لصاحب المكان، والمستأجر يستأجره لشخص آخر من غير رضاه، فهل له هذه التصرفات والحقوق أم لا؟ .

اختيارات المستأجر:

ذكــر الفقهاء أن للمستأجر حق ثابت في الشئ المستأجر سواء يستفيد منه بنفسه، أو يعطيه لغيره، ثم سواء يعطيه لآخر إجارة أو عارية، حتى ولو شرط مالك المكان أن لا يستأجره لآخر، أو لا يستفيد منه آخر، يعتبر شرطه لاغيا، وقد ورد تفصيل المسألة في كتب الفقه على النحو الآتي:

١- له السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها.[١]

---

[١] حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨.

٢- للمستأجر أن يؤجر المؤجر من غير مؤجره، وأما من مؤجره فلا يجوز، وبه يفتى، وقوله من غير مؤجره سواء كان مؤجره مالكا أو مستأجرا من المالك.[1]

٣- ومالا يختلف باختلاف المستعمل لا يجوز التقيد فيه بشخص معين (فتقيد المؤجر بشخص معين هدر) فلو شرط المؤجر سكنى واحد بعينه في إجارة الدار جاز للمستأجر أن يسكن غيره لأن الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت في السكنى، وما يضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة.[2]

تبين مما تقدم من اختيارات المستأجر أن للمستأجر حق الانتفاع من المستأجَر بنفسه وغيره، أي يستطيع أن يؤجره لغيره.

وإن أجره لغيره فله حق أن يأخذ ما يقرر من الأجرة كما يشاء، وكذلك له حق في أن يأخذ عنه بدل الخلو ويحسب هذا أجرة المكان لأول الشهر ويعتبر أجرة معجلة وما يأخذ بعده أجرة مؤجلة.

في هذه الصورة لا تنتهي المعاملة بين المالك والمؤجر الأول، بل عليه أن يدفع إلى المالك أجرة المكان حسب الدستور المتفق عليه.

وفي هذه الحالة إذا أراد المؤجر الأول أن يخلي نفسه وترك المكان للمؤجر الثاني مستقلا، فليس للمؤجر الثاني اختيار في مقدار الأجرة بل يتم المعاملة بين المالك والمؤجر الثاني من جديد. والله أعلم.

---

[1] المصدر نفسه ٥/ ٥٦.

[2] مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٧، وحاشية ابن عابدين ٥/ ١٨.

بيع حق الإيجار:

إذا أراد المؤجر بيع حق الإيجار فليس له ذلك، أي لا يجوز له أن يبيع حق الإيجار، لأن هذا بيع، والحقوق لا تباع وإنما يباع الأموال، لأن البيع في الحقيقة هو تمليك المال بالمال[1].

وهنا ليس تمليك المال بالمال، بل انتقال الحق إلى الآخر، ولا يعتبر محض الحق مالا، لأن حقيقة المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار.[2]

بناء على هذا لا يصدق تعريف المال على الحق، وإن كان في العرف يطلق عليه المال، ولكن في البيع لا يصح بيع حق محض في أي صورة من الصور.

صورة الجواز:

قلنا أنه لا يجوز بيع حق الإيجار إلا أن هناك صورة واحدة يجوز بيع هذا الحق، وهي أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر هذا المكان لمستأجر جديد على أية أجرة كانت، (على حسب اختلاف الفقهاء) ويجوز له أيضا على أن ما دفعه من بدل يأخذه من المستأجر الجديد في الشهر الأول، ثم ينعزل هو، وبرضا المالك يستأجر المستأجر الجديد من المالك مستقلا، وتبدأ معاملة المالك مع مستأجر جديد، وإن طلب المالك من المستأجر الجديد بدل الخلو فله ذلك ويحسب منه ما دفعه للمستأجر الأول في الشهر الأول.

---

[1] فتح القدير ٨/ ٣٤٠.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ٣، والبحرالرائق ٥/ ٢٧٧.

وهـــذه المعاملة تجري الآن في أسواقنا، حيث يتم المعاملة أولا بين المالك والمستأجر الأول، ثم يـــأخذ هـــذا المستأجر مقدارا معينا من المال من مستأجر جديد في الشهر الأول ويخبر به المالك، أن الفلان قد دفع إلي كذا من المال.

وهـــذه الطريقة الوحيدة لجواز بيع حق الإيجار، والتي يكون مشروعا بها مايأخذه المالك أو المستأجر الأول من مستأجر جديد باسم الخلو أو الأجرة.

الخلاصة:

١- إذا تمـــت معاملـــة الإجارة وأخذ مالك الحانوت أو المكان بدل الخلـــو والأجرة، انتقل جميع حقوق وتصرفات المكان إلى المستأجر، وليس لـــلمالك بعد ذلك أي اختيار، وهذا له حكم البيع، لأن الخلو بمترلة الثمن والمكان أو الحانوت بمترلة المبيع، ثم الأجرة تكون عن الأرض التي قام عليها الحانوت أو المبنى، أي أن الأرض للمالك والمكان أو الحانوت للمستأجر.

٢- إن شـــرط رد الخلو ففي هذه الحالة تعتبر هذه المعاملة قرضا أو رهـــنا، إلا أن الأفضل أن تعتبر قرضا كما قلنا، فيجري عليها جميع أحكام القرض.

٣- طلـــب تخلية المكان لا يخلو من عدة حالات، أما أن تكون المدة غـــير معلومـــة، أو تكـــون معلومة ولكن انتهت، ففي هذه الحالة طلب المســـتأجر العوض بدل التخلية لا يجوز، وإن اضطر المؤجر إلى ذلك وليس أمامه غير هذا الطريق يجوزله اضطرارا أن يدفع ما يطلبه المستأجر، ولكن لا يجوزديانة هذا العوض للمستأجر.

٤- إذا كانت مدة الإجارة معلومة ثم قبل انتهاء المدة طلب المالك تخلية المكان يجوز للمستأجر مطالبة العوض في مقابل تخلية المكان.

٥- يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لآخر بأي أجرة كانت إلا أن معاملته مع المالك تبقى حسب الأصول التي اتفقا عليها.

٦- لا يجوز للمستأجر أن يبيع حق الإيجار لمستأجر آخر.

٧- الأفضل لجواز صورة البيع أن يؤجر المكان المستأجَر لشخص آخر، ويأخذ عنه بدل الخلو ويحسب ذلك أجرة لأول شهر، ثم ينعزل عن المعاملة وتبدأ المعاملة بين المالك والمستأجر الجديد، فإن طلب المالك بدل الخلو من المستأجر الجديد يحسب ما أخذه المستأجر الأول، ثم تدور المعاملة بين المالك والمستأجر الجديد والله أعلم.

موقف القانون من الخلو في الأملاك الخاصة

قبل أن أتعرض لبيان حكم القانون نقول إن الإسلام لا يبيح أي مال يأتي ملكية الإنسان من غير عوض، كذلك يحرم الإسلام كل مال يستفاد عن عمل آخر كالربا، لأن أموال الربا حرمت لكونها حصلت من غير جهد وعمل، بل انتهز المربي ضرورة الآخرين، ومن وقع في الربا يصعب عليه الخروج منه بعد ذلك.

ونشير أولا إلى القانون الباكستاني القديم حينما كان الهند وباكستان دولة واحدة وكانت تحت استعمار بريطانيا ولا زال أغلب القوانين الباكستانية والهندية سواء وخاصة القوانين المدنية فنذكر تلك القوانين ونقول:

قال مشتاق أحمد وكيل المحكمة: كما أن الإسلام حرم الربا لكونه من غير جهد فكذلك بدل الخلو الذي يأخذه مالك المكان من المستأجر إضافة إلى الأجرة المعينة، لأن بدل ا لخلو ليس في مقابل شئ كما هو الربا.

الخلو (premium) كما هو في الفقه ينقسم إلى عدة أقسام :

منها أن يأخذ المالك عند عقد الإجارة إضافة إلى الأجرة المعينة بدل الخلو، ولا يرد بعد ذلك هذا المال، ولا يكتب أية ورقة لهذا العقد، بناء عليه يستفاد من حاجة المستأجر، لأنه يحتاج إلى المكان إما للعمل أو السكن فيضطر إلى قبول شروط المؤجر.

ومنها: ما يقال له (deposit) أو(security) وهذا النوع من الخلو هو جاري الآن وتحت هذا النوع يتم المعاهدة بين المالك والمستأجر يأخذ المالك الأجرة المتفق عليها (Commervialisation) وبدل الخلو أيضا، وهذه المعاملة خلافا للقانون ومع ذلك يجري تعامل الناس على هذا وقانون كل منطقة يختلف عن المنطقة الأخرى، بل إن في كل منطقة قانون خاص، ولكن مع ذلك هذه القوانين متقاربة فيما بينها،لأنها في المجموعة شئ واحد والاختلاف في الجزئيات فقط.

ورد في المادة في المادة ١٦ فقرة ٤ لا يجوز لأحد أن ياخذ أي مبلغ أومال في مقابل إيجار الدار أو الحانوت باسم الخلو أو غيرذلك، ويجوز فقط إذا أراد المستأجر إيجار المكان أن يكون المستأجر الجديد راضيا[1].

وورد في المادة ٥ فقرة ٢ ألف: إذا انتهت مدة الإجارة ثم أراد تجديد العقد لا يجوز أن يأخذ مقابل الإيجار الجديد إضافة إلى الأجرة المعينة أي مال باسم الخلوأو غيرذلك[2].

وورد في المادة ٣ لا يجوزأخذ بدل الخلو أكثر من أجرة شهر في مقابل الإجار أو تجديد عقد الإجارة .

وفي المادة ٢٨: أي واحد خالف القانون الوارد بالنسبة لموضوع الخلو يعاقب بحبس سنتين.

إلا أنه لأجل أهمية المكان وضمانه يجوز أخذ بدل الخلو (DEPOSIT) او باسم (SECURITY) ولكن عند تخلية المكان يرده المستأجر لأن مالك المكان إذا أخذ بدل الخلو يطمئن من ضياع المكان، حيث أن المستأجر إن لم يخل المكان فلا يرد إليه بدل الخلو، ويجوز لمالك الدار أو الحانوت أن يتصرف في هذا المال، وفي هذه الصورة تكون أجرة الدار أو الحانوت قليلة عن الإجارات العامة، وفائدة بدل الخلو أنه يقطع المنازعات التي غالبا ما تحدث في الإجارات بعد ثلاث أربع سنوات.

وعقد بدل الخلو على العموم يكتب ويتم المعاهدة بين المالك والمستأجر.

وورد في المادة ٧ أن مالك الدار أو الحانوت لا يستطيع أن يأخذ أي رقم غير الأجرة المعينة[3]

---

١ THE DELHE RENT CONTROL ACT, ١٩٥٨

٢ THE BIHAR BUILDING (LEASE, RENT,& EVICTION) CONTROL ACT, ١٩٨٢

٣ AP. BUILDINFS (SEASE, RENT& EVICTION) CONTROL ACT, ١٩٦

وورد في المادة ٦ فقرة ألف: لا يستطيع المالك أن يأخذ في الإجارة سوى الأجرة المناسبة.

ب- وإن تعاقد مع المستأجر بأن يأخذ عنه سوى الأجرة مبلغا آخر باسم بدل الخلو أو بشكل آخر يعتبر العقد باطلا.

وورد في المادة ٢٢ من فعل ذلك يحبس لمدة سنتين[١].

ليس لمالك المكان أن يطلب من المستأجر سوى الأجرة المناسبة، ومن فعل ذلك فقد ورد في المادة ٢٢ أن من فعل ذلك لأول مرة فإنه يؤخذ منه خمسة أضعاف ما أخذ من بدل الخلو، ومن فعل ذلك مرة ثانية يؤخذ منه عشرة أضعاف.[٢]

وورد في المادة ١٨ من أخذ بدل الخلو يعتبر جزاؤه الحبس ستة أشهر أو يؤخذ منه مثل ما أخذ من بدل الخلو.[٣]

ورد في المادة ٣ صاحب المكان أو شخص أخر إذا أخذ في مقابل إيجار الدار أو الحانوت سوى الأجرة يعتبر عمله مخالف للقانون.

وقد ورد في المادة ١٧ أن جزاء ذلك حبس ستة أشهر أو غرامة ألفي روبية.[٤]

وفي المادة ٩ لا يجوز لمالك الدار أو الحانوت أن يأخذ باسم بدل الخلو أي شئ من المستأجر.

وورد في المادة ٣١ جزاء من فعل ذلك، وهو غرامة ألف روبية، ومن امتنع عن ذلك يحبس لمدة شهر.[٥]

وفي المادة ٥ لا يستطيع أن يأخذ من المستأجر باسم بدل الخلو أي شئ.[٦]

---

[١] THE HARYANA URBAN (CONTROL OF RENT & EVICTION) ACT, ١٩٢٣.

[٢] THE J & K HOUSES & SHOPS RENT CONTRCL ACT, ١٩٦٦.

[٣] THE BOMBAY RENTS HOTELS & LODGING HOUSE RATES CONTROL ACT, ١٩٤٧.

[٤] THE ORISSA HOUSE RENT CONTROL ACT, ١٩٦٧.

[٥] THE TRIPURA BUILDINGS (LEASE & RENT CONTROL) ACT, ١٩٧٥.

[٦] W.B. PREMISES TENANCY ACT, ١٩٥٦.

وفي المادة ٤ ليس لمالك المكان أن يطلب من المستأجر بدل الخلو في مقابل إجارة الدار أو الحانوت.

وفي المادة ٣١ من فعل ذلك فجزاؤه أن يغرم بمثل ما أخذ، ويرد بدل الخلو إلى المستأجر.[١]

تبين من هذا أن قانون بدل الخلو ليس متفقا في جميع المناطق بل يختلف من منطقة لأخرى في بعض الجزئيات، وإن كان في المجموع لا يختلف بعضه عن البعض الأخر كثيرا.

هذا ولا يجوز بدل الخلو في القانون، فقد ورد في القانون المدني الهندي والباكستاني في المادة ١٨ لعام ١٩٤٧ يعتبر أخذ بدل الخلو جرما وأنه ليس لمالك المكان أن يأخذ غير الأجرة المعينة ولا يجوز كذلك للمستأجر أن يفعل ذلك، وأن من فعل ذلك يحبس لمدة ستة أشهر.[٢]

وهكذا لا يجوز للمستأجر أن يأخذ من مستأجر آخر بدل الخلو، وأنه إن تعاقد عقد الخلو مع مستأجر أخر يعتبر عقده باطلا.

---

١ THE U.P. URBAN BUILDINGS (REGULATION OF LETTING RENT & EVICTION) ACT, ١٩٧٢.

٢ ٢٥٩٢ Bombay Rents, Hotel and Lodging House Rates (١٩٤٧: Bom. LvllControl Act. ١٩٤٧.
Unlawful charges by landlord.١٨. "١" If any landlord either himself or through any person acting or purporting to act on his behalf or if any person acting or purporting to act on behalf of the landlord receives any fine. Premium or other like sum or deposit or any consideration other than the standard rent or the permitted increases, in respect of the grant, tenewal or continuance of a lease of any premises, or for giving his consent to the transfer of a lease by cub lease or otherwise, such landlord or person shall, on conviction, be punished with imprisonment for a term which may extend to six months of the fine, premium or sum or deposit it or the value of the consideration received by him, and further where the offence is committed by a landlord in respect of premises which were of his ownership on the date of the offence such premises shall be liable to confiscation.

حقوق المالك:

القانون الجاري والمروج قد حدد حقوق المالك، حيث لا يجوز له أن يأخذ من المستأجر سوى الأجرة إلا أن هناك بعض الحالات قد استثني، وليس للمالك حق في زيادة الأجرة، ولأجل هذا يدفع المستأجر نفس الأجرة لمدة طويلة، ولكن إذا زادت ضريبة المكان ففي هذه الحالة يصح زيادة الأجرة.

حقيقة الأجرة من الناحية القانونية:

في عقد الإيجار للمستأجر حقان، الأول حق الإيجار (TENANCY RIGHT) وحق القبض (possession)وهذا ن الحقان يثبتان له بلا تعين المدة أي لا تنتهي إجارته ويكون قابضا للمكان المستأجَر، إلا إذا قدم المالك خلافه شكاوى إلى المحكمة، بهذه صورة يستطيع أن يقبض ملكيته،ولكن القانون لا يسمح له أن يقوم بنقل حقه الآخر، وإذا أجره المستأجر لمستأجر آخر وقبضه المستأجر يعتبر عمله هذا مخالفا للقانون، وجزاؤه الحبس لمدة ستة أشهر، ويؤخذ عنه الغرامة بقدر ما أخذه من المستأجر.[١]

المسألة العملية:

المشكلة جاءت من حيث أن القانون يعتبر بدل الخلو جرما وقد حدد لمن يقوم بهذا العمل جزاء، ومن ناحية أخرى أن عمل بدل الخلو جار الآن في جميع أسواقنا، وأن المالك ليس مستعدا لإيجار الدار أوالحانوت من غير بدل الخلو، بل ولا يقوم بنقل الحق إلى المستأجر من غير أن يأخذ بدل الخلو، وكذلك لا ينتقل حق الإيجار إلى المستأجر

---

[١] نص القانون ١٩ Unlawful charges by tenant, (١) (save in cases provided for under the proviso to section (١٥,) it shall not be sawful for the tenant or any person acting or purporting to act on behalf of the tenant to claim or receive any sum or any consideration as a condition of the relinquishment[٢] transfer or assignment) of his tenancy of any premises.
(٢) Any tenement or person who in contravention of the provisions of sub- section (١) receives any sum or consideration shall, on conviction, be punished with imprisonment for a term which may extend to six months and shall also be punished with fine which shall not be less than the sum or the value of the consideration received by him.

الجديد من دون أخذ بدل الخلو، وأن حصة المالك في هذه الحالة خمسة وعشرين في المائة.

وبهذه الطريقة تتم المعاملة بين ثلاثة أشخاص، وأن المستأجر لا يستطيع أن يحصل على الدارأو الحانوت من غير دفع بدل الخلو وهو في أمس الحاجة إلى استئجار الدار أو الحانوت، إذا المشكلة لم تحل بعد حتى الآن لأن العمل الجاري في الأسواق شئ والقانون مخالف لذلك.

وتبين من هذه النصوص أن القانون لا يجيز بدل الخلو ويعتبر هذا العمل جرما وأن من قام به لابد أن يغرم أو يحبس، إلا أن هناك بعض حالات قد استثنيت، ومنها إذا أخذ بدل الخلو لأجل لحفاظ على الدار وصيانتها من الضياع

وورد كذلك في القانون المدني الباكستاني ليس لمالك الرقبة أن يطلب أي عوض أو خلو أو ثمن في مقابل استئجار المكان أو الحانوت سوى الأجرة المعينة، أي ليس لمالك المكان أن يطلب من المستأجر سوى الأجرة المعينة[1]

وقد وردت قضية الخلو إلى المحكمة وحكمت المحكمة بأن عمل الخلو غير مشروع وخلاصة القضية على النحو التالي:

استأجر مالك المكان فندقه لآخر مقابل ٣٥٠ روبية شهريا وذلك في السنة ١٩٦٨م وفي السنة ١٩٧٨م ارتفعت أجرة المكان إلى ٦٠٠ روبية إلى وقت الدعوى سنة ١٩٩٢م وأن المؤجر قال أنه أخذ من المستأجر في السنة ١٩٦٨م ألفين روبية واستلم منه في عام ١٩٧٨م ١٥٠٠٠ روبية وقال المؤجر أن هذا المقدار الأخير من النقود

[1] نص القانون Premium. The words "premium" or "other like sum" have no reference to the increase of fair rent. The rent increased by a previous landlord cannot affect a landlord who is transferee of the premises from the previous landlord so as to make the addition illegal Any premium or other like sum or the rent in excess of fair rent which remains unpaid until after the fixing of the fair rent becomes irrecoverable.
(MANUAL OF RENT LAWS BY MR. M. FARANI LAHORE Law Times Publications Chowk urdu Bazar Lahore

أخذ عنه باسم الخلو "الضمان" ومجموع ما أخذه من المستأجر ١٧٠٠٠روبية، وصاحب المكان ادعى بأن المستأجر لم يدفع الأجرة الشهرية منذ شهر مايو عام ١٩٦٨م إضافة إلى ذلك أنه بحاجة إلى المكان المستأجر لاستعماله الذاتي، وأن ولده سوف يفتح الدكان أو البقالة في هذا الموضع.

وقال المستأجر وهو المدعى عليه بأن الرقم المدفوع وهو مايساوي ١٧٠٠٠ قد دفعه مقابل الخلو أو الاسم التجاري وذلك في ٢٤ من جنوري عام ١٩١٨م وأنكر بأن يكون الرقم المدفوع مقابل الضمان، إضافة إلى ذلك بأنه قد دفع الأجرة الشهرية والتي تبلغ ٦٠٠ روبية إلى شهر جون ١٩٨٦م وأظهر فاتورة إيصال الرقم المذكور.

وبعد سماع الدعوى من قبل المحكمة حكمت المحكمة بأن هذا يعتبر الخلو وإن غيرا الاسم وقالت أن المكان لازال ملك للمالك وأن ملكية المكان لا تنتقل إلى المستأجر مطلقا، وأجبر المؤجر وهو المدعي بأن يرد ما أخذه باسم الخلو إلى المستأجر عقابا له، لأنه عمله مخالف للقانون، لأن القانون لا يجيز الخلو[١].

---

[١] NLR ١٩٩٢AC ٤٨٨ حكم المحكمة

Before Saleem Akhtar, J. "karachi" Appeal No ٨٠٦ of ١٩٨٩desmissed on ١٣- ١- ٩١ M.K. MUHAMMADS/OMUMMI,ETC…Appellants. Versus MUHAMMAD ABOOBAKAR….Respondent

"a" Rented Premises Ordinance (Sindh Ordinance XVII of ١٩٧٩…

S. ١٥"٢" (Vii) Agreement by landlord not to eject tenant for bona tith personal requirement, would be void and hit by S. ٢٣, Contract Act ١٨٧٧Landlord is not debarred from ejecting tenant even if he has illegally charged pugri, charging of pugri may, however, adversely refeet on bona fides of landlord.

Lbid…"b "

S. ١٥ (٢) (ii) Amount paid under agreement not for purposes of adjusted but by way of goodwill (pugri) cannot be adjusted towards rent.

(c) pugri...

Meaning and significance of pugri explained, agreement to charge pugre avoid and is hit by S.٢٣, Contract Act (١٨٧٢), it is not binding and no right can is created on basis of such agreement and no right can accrue to any party under it (p ٤٩٠-٤٩١)

CASEA REFERRED: PLD ١٩٨٦ Kar. ١٩, PLD ١٩٦٤SC ٥٣٦, ١٩٨٩ CLC٥١٧, SCMR ٣٠٧: PLD ١٩٨١SC٣٨.

Syed ishtaq Ali for appellants.

Nawa Abbasi for respondent.

Date of hearing: ٢١- ١٠- ١٩٩٠

JUDGMENT

appellant in respect of the premises bearing No ٢ on plot No ٧ Road Opposite Jamia Masjed Aligarh Colony, Orangi Town, Karachi. It was alleged at the appellant is carrying on business of a restaurant from ١٩٦٨.Initially the rent was Rs, ٣٥٠P.M. but it was raised to Rs. ٦٠٠/- P.M. in ١٩٨٤. Since then ware has been no change in the rate of rent. In December, ١٩٦٨ the appellant had resed Rs. ٢٠٠٠/- and again in ١٩٧٨ he paid RS. ١٥٠٠٠/- to the respondent which according to the respondent are security amounts. The total amount of Rs. ١٧٠٠٠/- was paid under an agreement between the parties, It was alleged that the appellant has defaulted in payment of rent from May, ١٩٦٨ and the premises is required for respondent,s personal use and occupation as well as for his son meatibur Rahman for running business of grossery and general merchandise. The appellant filed his written statement and pleaded that Rs. ١٧٠٠٠/- was paid as a good will under a tenancy agreement dated ٢٤- ١- ١٩٨١ and not as a security as alleged by the respondent. It was denied that default has been committed by the appellant. The appellant had paid rent for the month of June, ١٩٨٦@ RS. ٦٠٠٠/- P.M. but the respondent with mala fide intention issued receipt mentioning rate of as Rs. ١٠٠٠/- P.M. and obtained appellant's signature on the counter foil of that the receipts without disclosing the correct fact. When the appellant come to about this fraud he protested and demanded issuance of fresh receipt at the correct rate but the respondent avoided and a legal notice was therefore served opon him. The appellant then remitted money order which was refused. It was demeied that the premises is required for personal bona fide need. It was submitted Khatibur Rahman is minor and unable to run any business. It was further meged that the respondent is already running business since long on the same plot and has other business on other plots. It was pleaded that the appellant had paid

goodwill of Rs. ١٧٠٠٠/-and he was assured that he would never be ejected. He has authorised to sublet or made additions or alterations in the premises which has been made accordingly. The learnd Controller by the impugned order rejeated the appellant on both the grounds.

When I had heard the arguments of Mr. Syed ishtiaq Ali for the appellant the respondent and his advocate were not present. The judgment was reserved and in the mean time the learned counsel for the respondent has filed written agreement which has been placed on record. Mr. S. ishtaq Ali the learned counsel for the appellant has contended that as the tespondent had accepted Rs. ١٧٠٠٠/- as good will he was debarred from the appellant on the ground of personal requirement. The learned porsonel further contended that acceptance of good-will was prohibited under the sindh Urban Rent Restrection but there is no such prohibition under the Sindh Rented Premises Ordnance which according to him is applicable to the present case. The parties had entered into an agreement on ٢٤th January, ١٩٧٨ clause ٢ of which recites that a total sum of Rs. ١٧٠٠٠/- paid by the appellant to the respondent shall be treated as a (good-will) amount and the landlord shall not be bound to refund the same to the tenant. The appellant as tenant was permitted to make such structure, additions and alterations at his own cost and expense and he was further permitted to sublet the said premises to any third person and on information being given such sublettee was to be accepted as tenant. This agreement was entered into between the parties before the promulgation of the Sindh Rented Premises Ordinance ١٩٧٩ which was enforced on ٢١st November ١٩٧٩ therefore, the agreement dated ٢٤- ١-١٩٧٨ was entered into at a time when the Sindh Urban Rent Restriction Ordinance ١٩٥٩ was in operation. Section ٧ of the Sindh Urban Rent Restriction Ordinance prphibited charging of pugree or premium as a consideration for grant of, renewal or continuance of tenancy of any building or land. The agreement was thus void and not binding on the parties.

The learned counsel for the appellant has relied on Muhammad Hanif v. Mumtaz Ahmad (PLD ١٩٨٦ Kar. ١٦) where adjustment case was filed under the west Pakistan Urban Rent Restriction Ordinance ١٩٥٩ and question arose whether a landlord who had accepted pugri could eject the tenant on ground of personal requirement. It was observed that:

Pugre is prohibited by section ٧ of the West Pakistan Urban Rent Restriction Ordinance ١٩٥٩, and If there is any agreement between the parties on that account the relationship between the parties is different

and is not same as contemplated under the provisions of the above said Ordinance and the landlord cannot claim relief which is available under the provisions of the above said Ordinance.

It was held that the landlord was not entitled to seek relief under the provisions of West Pakistan Orban Rented Restriction Ordinance.

Prgri is accepted as premium mainly for inducting a person in the premises as tenant. In practice where pugri is charged the rent is kept at a lower amount than the normal rate. The landlord also permits subletting and transfer of tenancy but such transfer is subject to the consent of the landlord. The entire arrangement is for regulating the nature of relationship between the parties which is normally understood and accepted by them as landlord and tenant. Neither the owner agrees nor intends to part with an iota of right of ownership. The right of subletting is with the consent of the landlord which is permissible under law. With respect I am unable to subscribe to the aforestated view of the referred judgment As the agreement to charge pugri is void and hit by section ٢٣ of the Contract Act the same is not binding and no right be created on that or any benefit can accrue to any party under it. From the facts stated in the referred judgment (PLD ١٩٨٦ Kar. ١٦) it is clear that the lease agreement was for an indefinite period and was not registered. The Controller had not exhibited it but in appeal it was considered. The landlord had denied charging pugri and the agreement did not have any reference to payment of pugri. However, from the terms of agreement that the landlord will never eject the tenant who will have a right to sublet, it was inferred that pugri was charged by the landlord. It is significant to note that the parties had not denied the relationship of landlord and tenant. The agreement being void was not enforceable but if the tenant pays rent and landlord accepts it the relationship is established by their conduct and subsequent actions. So far the agreement not to eject a tenant in any circumstances is concerned the same is in conflict with the statute and cannot stand. The provisions of law permitting a landlord to eject a tenant of grounds specified in it, which are not subject to any agreement, confer a statutory right and no one can contract out of it. Reference can be made to E. A. Evans v. Muhammad Ashraf (PLD ١٩٦٤ S.C. ٥٣٦) and M.H. Wahabun Nisa v. Haji Abdul Sattar (١٩٨٩ C.L.V. ٥١٧). In Muhammad Yousuf, Distric, judge ١٩٨٧ S.C. M. R. ٣٠٧ similar contention as raised in this appeal was repelled in the following manner...

According to the lease agreement the shop has been let out to the tenant petitioner for a fixed period of ten dears with a right of reentry reserved by the respondent-landlord, but it is not mentioned in the lease deed that the respondent- landlord had received Rs. ١١٠٠٠/- as pugree from the petitioner tenant, although it is so stated by him in his statement before the Rent Controller (page ١٣٤ of the paper Book) However, that being mutual arrangement between the parties, would not debar the respondent landlord from instituting eviction proceedings on the ground of bona fide personal need.

Reference can also be made to Muhammad Hyas v. Khursheed Begum (١٩٨٩ CLC ٥٠٦). Mst. Fatima Bai v. Shaikh Muhammad Zake & ٦ others (١٩٩٠ CLC ١٠٦٤). All these judgments have taken a contrary view from the one expressed in Muhammad Hanif,s case (PLD ١٩٨٦ Kar. ١٦) Sindh Rented premises Ordnance does not prohibit pugri in the manner as provided under the West Pakistan Urban Rent Restriction Ordinance. So far rate of rent is concerned as held in Mrs. Zohra Begum,s case (PLD ١٩٤٨ S.C. ٣٨). It allows freedom of contract. However, such freedom is subject to fixation ١٥ fair rent by the Controller. The fact, however, remains that section ١٥ of the Sindh Rented premises Ordinance permits a landlord to eject the tenant on the ground of default and personal bonafide requirement. As no person can contract out of the statute and assert a superior right over the provision of law, any agreement contrary to it will be void. It is significant to note that section ١٥ (٢) (vii) is not subject to the agreement of the parties. Therefore, no one can contract out of it and if landlord for valuable consideration under takes not to eject on the ground of personal bona fide requirement the same would be void and hit by the provisions of section ٢٣ of the Contract Act. Therefore, under either of the statutes the landlord is not debarred from ejecting the tenant for personal bonafide requirement even if he has illegally charged pugri. However, depending on the facts of each case charging of pugri Pakistan Burnah shall Ltd. (PLd ١٩٨٤ S.C. ٣٨).

The learned counsel then contended that personal requirement has not been proved. The respondent had applied for ejectment on the ground of his need as well as the need of his son. Objection seems to have been taken that Khatibur Rahman is minor but no such proof has been produced. On the other hand from the evidence it is sufficiently established that he is not a minor. The second ground that the respondent is running a shop through his brother has not been established. The

وأما القانون المدني المصري فقد ورد في القاعدة رقم (٥٥) .

المبدأ: اقتضاء المؤجر مبالغ من المستأجر خارجة عن نطاق عقد الإيجار كخلو الرجل أو ما يماثلها عمل مؤثم. المادة ١٦/ ٢ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ١٢ لسنة ١٩٦٢، انطباق هذا النص على جميع الأفعال التي تقع بالمخالفة له أيا كان تاريخ إنشاء المبنى موضوع الإيجار.

---

respondent ahs stated that he and his son are jobless and will carry on business of grossery in the shop. In the facts and circumstances of the case, in my view the respondent has established his case.
The learned counsel that the default has not been established as the dispute was about the rate of rent and money was remitted on ٢٨- ٨- ١٩٨٠ for Rs. ٢٠٠٠/- So far the dispute is concerned, the same has not been established However, even if there was a dispute between the parties a bout the rate of rent no valid and bona fide reason has been shown not to have paid, deposited or remitted the rent as provided by law. The last rent was paid for April, ١٩٨٦ and thereafter the remittance was made on ٢٨- ٨- ١٩٨٦ which was not accepted by the respondent. Even if a grece period of ٦٠ days is given there is a clear default for payment of rent for the month of May, ١٩٨٦. Mr Syed ishtiaq Ali has contended that as the default would only be for one month and there is deposit of Rs. ١٧٠٠٠/- the same could be adjusted towards the rent. The amount was paid under the agreement not for the purposes of adjustment but as a goodwill. As there was no agreement between the parties for adjustment of the rent in the amount of pugri the contention of the learned. Counsel has no force. The appeal is therefore, dismissed.

As the respondent has that he is agreeable to refund the pugri to the appellant in case he is evicted, the writ of ejectment shall be issued on respondent depositing Rs. ١٧٠٠٠/- in court which the appellant will be entitled to withdraw in case he vacates and hands over vacant possession to the respondent or he is ejected from the shops. Six months are allowed to the appellant to hand over vacant possession the disputed shop to the respondent.
National Law Reporter (N L R ١٩٩٢ AC) M. K. Muhammad v. Aboobakar saseem Akhtar, J. (Kar) page ٤٨٨- ٤٩٢

استقلال جريمة الخلو عن جرائم التلاعب بالأجرة.

التشريع لا يلغى إلا بتشريع لا حق له أعلى منه أو مساو له في الدرجة ينص على ذلك صراحة أو يتعارض معه في الحكم.

الأصل هو جواز إثبات الجرائم بكافة الطرق القانونية إلا ما استثني بنص خاص، جريمة خلو الرجل ليست من الجرائم المستثناة من هذا الأصل.

ملخص الحكم: اقتضاء المؤجر مبالغ من المستأجر خارجة عن نطاق عقد الإيجار كخلو الرجل أو ما يماثله يعد فعلا مؤثما وفقا لحكم الفقرة القانونية من المادة ١٦ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٢ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وهو نص عام مطلق على جميع الأفعال التي تقع بالمخالفات له أيا كان تاريخ إنشاء المبنى موضوع الإيجار وهو مستقل في حكمه عن الأحكام الخاصة بتقدير الأجرة وتحديدها للمباني المختلفة ما أمرت به أو نهت عنه لاستقلال جريمة الخلو عن جرائم التلاعب بالأجرة، والأصل أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له في الدرجة ينص على ذلك صراحة أو يتعارض معه في الحكم الأمر غير المحقق بين نصوص جريمة خلو الرجل والتلاعب في أجرة السكن.

من المقرر أن الجرائم على اختلاف أنواعها- إلا ما استثني بنص خاص جائز إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة وقرائن الأحوال. ولما كانت جريمة الخلو التي دين بها الطاعن ليست من الجرائم المستثناة من هذا الأصل، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم في قضائه برفض الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة يكون بغير سند من القانون.[1]

---

[1] انظر نقض جنائي رقم ١٩ لسنة ٤١ ق جلسة ٢٩ /٣/ ١٩٧١)
(-مجموعة أحكام النقض -جنائي ، السنة ٢٢ ، العدد ١)

وقد ورد في شرح قانون إيجار الأماكن الخالية المفروشة ما يأتي:

(إضافة بدل الإخلاء "أو خلو الرجل[1]":

ظهر التعامل ببدل الإخلاء أولا في ظل الأمر العسكري رقم ١٥١ لسنة ١٩٤١ الذي حجر على الملاك في تأجير ما يخلو من أملاكهم وجعل التأجير يتم بأوامر تمكين تصدر من الحاكم العسكري إلى أول المتقدمين لاستئجار المسكن الذي خلا، فكان لابد للفوز بمسكن معين من المبادرة إلى طلبه بمجرد خلوه، وكان المهم في ذلك عملا أن يعلم الطالب قبل غيره بخلو المسكن لأن ذلك كان يمكنه من تقديم طلبه قبل غيره والحصول على الأولوية في الاستئجار، فأصبح في وسع المستأجر الذي يزمع إخلاء مسكنه أن يميز أحد الراغبين فيه على غيره بأن يعلمه بعزمه وبتاريخ الإخلاء فيمكنه من المبادرة إلى طلب هذا المسكن ومن الحصول على الأولوية في استئجاره، وكان من الطبيعي أن يتقاضى المستأجر القديم من المستأجر الجديد ثمن هذه الخدمة التي قدمها له وجرت تسمية هذا الثمن ببدل الإخلاء أو خلو الرجل، وكان هذا البدل في الواقع من الأمر يمثل جزءا من قيمة التضحيات التي فرضها التشريع الاستثنائي على المالك لمصلحة المستأجر، وكان هذا الأخير يثري به على حساب المالك، ولم يكن المالك يصيب منه سوى الكيد والغيظ.

لذلك رأى المشرع عند وضع المرسوم بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ أن يعدل عن نظام الاستيلاء والتمكين، فترك للمالك حرية التأجير لمن يشاء مادام ذلك في حدود

نقلا عن موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ١٥/ ٣٠٠ سنة الطبع ١٩٧٦

٢- راجع شرح قانون إيجار الأماكن الخالية المفروشة وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين للدكتور سليمان مرقس أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والمحامي أمام محكمة النقض ومجلس الدولة ص ١١٥- ١١٩ الطبعة الرابعة المطبعة العالمية القاهرة.

الأجرة القانونية، فأصبح يتعين على راغب الاستئجار أن يسترضي المالك لا المستأجر القديم، وبالتالي أصبح المالك هو الذي يتقاضى بدل الخلو من المستأجر الجديد، غير أنه كثيرا ما يحدث عملا أن يشترط المستأجر القديم على المالك أن يقاسمه بدل الإخلاء الذي سيدفعه المستأجر الجديد في مقابل إخلائه العين المؤجرة، وإلا فإنه يستمر شاغلا إياها ويفوت على المالك فرصة الانتفاع ببدل الإخلاء كله.

فإذا أخذ المالك أو المؤجر بدل إخلاء، استوجب العقوبة المنصوص عليها في المادة ١٦ من القانون ووجب عليه وفقا للمادة ٦ منه أن يرد ما أخذه، ويجوز إثبات دفع بدل الإخلاء بكافة الطرق عدا توجيه اليمين[١].

أما المستأجر القديم فلا يطبق عليه فيما أخذه من بدل إخلاء أي من هذين الجزاءين لأن نص المادتين جعل الجزاء مقصورا على ما يرتكبه المؤجر دون سواه من مخالفات للتشريع الاستثنائي، وبناء على ذلك فليس للمستأجر الجديد الذي دفع بدل إخلاء إلى المستأجر القديم من سبيل على الأخير إلا إذا كان هذا قد أجر من باطنه إلى المستأجر الجديد إذ يصبح حينئذ مؤجرا وتسري عليه بصفته هذه المادتان ٦و ١٦ من القانون[٢] وقد قضت محكمة مصر الابتدائية بأن المطالبة برد خلو الرجل تسقط بمضي ثلاث سنوات وفقا للمادة ١٧٣ مدني[٣]، وهذه المدة تبدأ من تاريخ دفع خلو الرجل أي من تاريخ بدء الإجارة في الغالب من الأحوال.

---

[١] انظر في هذا المعنى مصر - الدائرة الرابعة- ٣٠ نوفمبر ١٩٥٧ في القضية ١٤٠٦ سنة ١٩٥٦ ق.

[٢] وقد أخذت بذلك مصر الإبتدائي في ٣٠ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ - ٩١٠ - ٤٤٣

١- الدائرة ١٣ في ١٧ يناير ١٩٥٧ في القضية رقيم ٢٧١٢ سنة ١٩٥٦ كلي مصر ويرى الأستاذ السنهوري أن التقادم يخضع في هذه الحالة للمادة ١٨٧ مدني الخاصة باسترداد ما دفع دون حق (السنهوري ٦/ ١٠٢٢ هامش ٣) ويلاحظ أنه لا فرق يذكر بين حكم المادتين المشار إليهما، وإذا وجد فرق فإن الأولى تطبيق حكم المادة ١٧٢ حيث يقع دفع خلو الرجل تحت طائلة المادة ١٦ وحكم المادة ١٨٧ فيما عدا ذلك.

ولأن الاتفاق على دفع خلو رجل يقصد به الاحتيال على القانون، فإنه يجوز اثباته بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن، وكذلك إثبات واقعة دفع خلو الرجل، غير أنه نظرا لمخالفة هذا الاتفاق أو هذه الواقعة للنظام العام، فإنه لا يجوز إثباهما من طريق توجيه اليمين إلى المؤجر (المادة ٤١١مدني).

وبالرغم من أن القضاء قد طبق على المالك الذي يقبض خلو الرجل في بعض أحكامه العقوبة التي نصت عليها المادة ١٦ فقد ثار الشك حول انطباق هذه المادة عليه، ومبعث هذا الشك أن المادة كانت تفرض العقوبة التي نصت عليها على المؤجر الذي يخالف أحكام المواد ٤و ٥ مكررة من القانون.

وهما المادتان المتعلقتان بالاتفاق في العقد على أجرة تجاوز الحد الأقصى الجائز قانونا. فثار الشك حول اعتبار أخذ خلو رجل بمثابة أخذ أجرة زائدة عن الحد الأقصى أو بمثابة أخذ مبلغ إضافي خارج نطاق العقد، فلا يحسب في الأجر ولا يعد مخالفة لحكم المادتين ٤ و٥ مكررة.

وفسر هذا الشك لمصلحة المؤجر، وبناء على ذلك شاع التعامل بخلو الرجل دون أن تتخذ النيابة العامة الإجراءات الجنائية ضد المؤجرين الذين كانوا يأخذون خلو الرجل، حتى بلغ الأمر بالكثيرين منهم أو بطالبي الاستئجار أن يعلنوا في الجرائد عن رغبتهم في الإيجار مع دفع خلو رجل.

لذلك رأى المشرع أنه لابد له من أن يحسم هذا الشك بتشريع جديد ينص صراحة على عقاب المؤجر الذي يأخذ خلو رجل سواء اعتبر أخذ هذا المبلغ الإضافي داخلا في نطاق العقد أم خارجا عنه، فأصدر قرارا بقانون بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٦٢ أضاف به فقرة ثانية إلى المادة ١٦ من قانون إيجار الأماكن نص فيها على أن "يعاقب بالعقوبة المشار إليها في الفقرة الأولى كل مؤجر يتقاضى أي مبلغ إضافي خارج نطاق

عقد الإيجار، كخلو الرجل أو ما يماثله، من المستأجر مباشرة أو عن طريق وسيط في الإيجار، وفي الحالة الأخيرة تطبق العقوبة ذاتها على الوسيط".

وظاهر أن هذا النص الجديد يعاقب المؤجر الذي أخذ خلو رجل بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، سواء كان خلو الرجل سافرا أو مستترا في صورة أي اتفاق آخر، كمقابل تحسينات وهمية أو مقابل مزية معنوية لا وجود لها أو مبالغ في قيمتها مبالغة واضحة أو مقابل الترول عن مفروشات قديمة بالية لا تتناسب قيمتها البتة مع ذلك المقابل الخ.

وتوقع العقوبة على المؤجر الذي قبض خلو الرجل دون المستأجر الذي دفعه، وقد راعى المشرع في عدم توقيع العقوبة على المستأجر أن هذه الجريمة يهم المجتمع كشفها ومحاربتها، وأن الوحيد الذي يستطيع كشفها وإثباتها هو المستأجر الذي دفع خلو الرجل، فلو جعل العقاب شاملا إياه فقدنا معاونته في الكشف عن هذه الجريمة الإبلاغ عنها،وبذلك يفقد هذا التشريع فاعليته وأهميته العملية فتعين إخراج المستأجر من طائلة هذه العقوبة.

ومن ناحية أخرى لاحظ المشرع أن الغالب في الاتفاق على دفع خلو الرجل أن يتم من طريق الوسيط الذي يعرف المستأجر بالمؤجر والذي يعمل على إتمام الصفقة بينهما فنص على عقاب الوسيط بما يعاقب به المؤجر.

ولا يزال التشريع حتى في صيغته الجديدة يقصر عن تناول المستأجرالخارج بالعقوبة إذا هو تقاضى خلو رجل من المستأجر الجديد، إلا أن يكون ذلك المستأجر قد أجر العين من باطنه وأخذ في ذلك خلو رجل، فحينئذ يقع تحت طائلة القانون باعتباره مؤجرا من الباطن لا باعتباره مستأجرا.

ونلاحظ أن المستأجر الخارج إذا استأثر وحده بخلو الرجل و لم يكن مؤجرا من باطنه لايقع تحت طائلة العقوبة، أما إذا اقتسم خلو الرجل مع المؤجر فإنه يعاقب باعتباره وسيطا، وهذا شذوذ كان يجدر بالمشرع أن يعالجه، وكان الأولى في نظرنا جعل النص شاملا المؤجر والمستأجر، هذا من الناحية الجنائية، أما من الناحية المدنية فإن خلو الرجل أو أي مبلغ آخر يماثله يعتبر زيادة في الأجرة مخالفة للقانون، فيقع الاتفاق عليه باطلا ويسري عليه حكم المادة السادسة من القانون، فيتعين الحكم برده أو باستقطاعه وفقا لما وردة في المادة ٤٢.

المقارنة

تقدم أن قلنا أن الفقهاء لم يتفقوا على مسألة الخلو فقد قال بتحريمه علماء السعودية وأكثر علماء شبه القارة، وذهب بعض العلماء المعاصرين المصريين إلى جواز الخلو يستدلون بما نقلوا عن المالكية وبعض الحنفية، فبناء على هذا لم يتفق فقهاء المسلمين على المسألة، وأما القانون فقد ذهب القانون المدني الهندي، والباكستاني والمصري إلىعدم جواز الخلو، فقد رتب جزاء من يقوم بهذا العمل، وهذا يدل على أن القانون يشدد في منع الخلو، وعلى هذا يتفق القانون مع الفقهاء القدامى وأكثر الفقهاء المعاصرين في منع الخلو، وكذلك أن القانون يبيح الخلو في بعض الحالات للضرورة، إذا كان المؤجر يخاف على مكانه من الضياع فيجوز له أن يأخذ باسم الضمان، وقد اتفق القانون في هذه الجزئية مع رأي بعض الفقهاء القائلين بجواز هذا القسم من الخلو، لأن هؤلاء الفقهاء أيضا لم يقولوا بجوازه مطلقا بل اشترط له شروط، فالقانون والفقه في مسألة الخلو لم يختلفا، بل يسيران على نهج واحد بل إن القانون شدد في الموضوع أكثر من الفقه. والله أعلم.

المبحث الخامس

بيع صاحب الخلو خلوه وتصرفه فيه:

إذا أنشأ المستأجر خلوه بمال دفعه إلى ناظر الوقف بشروطه المبينة سابقا صار الخلو ملكاله، وأصبح من حقه التصرف فيه بالبيع، والإجارة، والرهن، والهبة والعارية، والوصية وغير ذلك، وهذا صريح في كلام من ذكر المسألة من المالكية.[1]

وواضح أنه إذا باع صاحب الخلو خلوه بعد أن ملكه بالوجه الصحيح أو وهبه أو أوصى به فلمن صار إليه الخلو من التصرفات ما كان لمن قبله.

وصرح البهوتي من الحنابلة بأنه يرى أن الخلوات إذا اشتريت بالمال من المالك تكون مملوكة لمشتريها مشاعا لأنه يكون قد اشترى نصف المنفعة مثلا وعلى هذا لا تصح إجارة الخلو ويصح بيعه وهبته ووفاء الدين منه.[2]

أما عند الحنفية فلم نجد التصريح عندهم فيما اطلعنا عليه بجواز بيع الخلو لكن صرح بعضهم بأنه لو حكم به قاض يراه من مالكي أو غيره جاز.[3]

قال ابن عابدين: " لو أخرج الناظر المستأجر من المكان أو آجره لغيره ففي فتوى العمادي ليس له ذلك ما لم يدفع له المبلغ المرقوم".[4]

وأما إذا ثبت للمستأجر حق القرار في أرض الوقف، أو حوانيته ووضع أبنية أو جدكا ثابتا، أو أشجارا في أرض الوقف، فإن ما يضعه يكون ملكا له على وجه القرار، ويكون للمستأجر في أثناء مدة الإجارة أو بعدها بيع ما أحدثه من الأعيان من

---

[1] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٤٦٧ في أثناء كتاب الاستحقاق ٣/ ٤٣٣ في العارية، والزرقاني ٧/ ٧٥، والعدوي على الخرشي ٧/ ٧٩، وفتاوى عليش ٢/ ٢٥١.

[2] مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٠.

[3] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧.

[4] المصدر نفسه ٤/ ٤٧.

غيره، وينتقل حق القرار للمشتري، ويكون على المشتري مثل أجر الأرض خالية عما أحدثه فيها، وكذا الحانوت.[1]

أما الأرض الموقوفة إذا استأجرها على وجه لا يثبت به حق القرار كما تقدم، أو كان استئجارها على وجه يثبت به حق القرار لكن لم يبن فعلا، أو بنى شيئا ففني وزال فلا يباع ذلك الحق فيها عند الحنفية لأنه مجرد، وقد تعرض بعض متأخري الحنفية للفراغ عن ذلك مقابل عوض مالي ليس من قبيل البيع بل من قبيل التنازل عن الحق المجرد بمال، ففي تنقيح الفتاوى الحامدية أن ذلك لا يجوز أصلا، ونقل في واقعة: حَكَم بصحته قاض حنبلي نفذ لو كان موافقا لمذهب أحمد، لكن قال إنه لا ينفذ لأن الفتوى عند الحنابلة أنه (لا يصح الفراغ في الأوقاف الأهلية، وأوقاف المساجد ونحوها، سواء أذن في ذلك الناظر أم لم يأذن، بل للناظر إيجارها وصرف أجرتها في جهات الوقف، ولا يصح الفراغ إلا في ما فتح عنوة و لم يقسم وضرب عليه خراج يؤخذ ممن هو في يده.[2]

وفي الفتاوى الخيرية: سئل في أرض وقف دفعها الناظر لمزارع يزرعها بالحصة هل يملك المزارع دفعها لمزارع آخر بمال يأخذه لنفسه في مقابلها، أم لا يجوز له ذلك، فلا يصح بيعه ولا فراغه، ويرجع المزارع الثاني على الأول بما دفعه من مال؟.

فأجاب: أرض الوقف لا يملكها المزارع ولا تصرف له فيها بالفراغ عن منفعتها بمال يدفعه له مزارع آخر ليزرعها لنفسه، لأن انتفاع الأول بها مجرد حق، لا يجوز

---

[1] الفتاوى المهدية ٥/ ٦١.

[2] تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٠٤.

الاعتياض عنه بمال، فإذا أخذ مالا في مقابلة الاعتياض عنه يسترده منه صاحبه شرعا. والوقف محرم بحرمات الله تعالى.[1]

ومـــثل ذلك في الفتاوى المهدية في أرض الوقف، ونقله عن ابن عابدين في رسالته المســـماة (تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة)[2]. وقال: لا يجوز للمستأجر إسقاط حقه في أثناء المدة من أجنبي في مقابلة مال يأخذه، ثم يستأجر المسقط له من الناظر إذ هذا من قبيل الحقوق المجردة التي لا يجوز الاعتياض عنها، كحق الشفعة.

ثم قال: إن هذا لا يمنع المستأجر أن يؤجر لغيره إلى باقي المدة وإن لم يكن له فيها حق القرار، لأنه مالك للمنفعة إلى نهاية مدة الإجارة فله بيعها بطريق الإجارة.[3]

أما عند المالكية فلم نجد التصريح منهم بحكم هذه المسألة غير أن الشيخ عليشا ذكر أن الموقـــوف عليه المعين إن آجر الوقف وأذن للمستأجر في البناء فيه ثم مات المؤجر تنفســـخ الإجارة، والبناء ملك للباني فله نقضه أو قيمته منقوضا إن كان للوقف ريع يدفـــع منه ذلك، وهذا إن كان الوقف لا يحتاج لما بناه وإلا فيوفى له من الغلة قطعا، قال الشيخ عليش: أفاد ذلك الشيخ الخرشي رحمه الله.[4]

ولم نجد للشافعية والحنابلة ما فيه النص على ذلك، على أن قاعدة الإجارة تقتضي إنهـــاء حق المستأجر بانتهاء مدة الإجارة، قال ابن رجب: غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك، فللمؤجر تملكه بالقيمة ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل، فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا.[5]

---

[1] الفتاوى الخيرية ١/ ١٣٦.

[2] الفتاوى المهدية ٥/ ٦١.

[3] المصدر نفسه ٥/ ٦١.

[4] فتاوى عليش ٢/ ٢٤١، وانظر الخرشي ٧/ ٣٢.

[5] راجع القاعدة ٧٧ من قواعد ابن رجب ص ١٤٧.

وقــد تقدم النقل من صاحب الفتاوى الحامدية أن الفتوى عند الحنابلة أن لا يصح الفراغ مقابل مال في الأوقاف.[1]

وأمــا بيع الخلو الذي هو في الأملاك الخاصة فقد تقدم أن الشيخ مولانا محمد زيد صاحب قد قال بعدم جوازه، حيث قال[2]: إذا أراد المستأجر أن يبيع حق الإيجار فليس لــه ذلــك أي لا يجوز بيع حق الإيجار، لأن الحقوق لا تباع وإنما تباع الأموال، لأن حقــيقة البيع تمليك المال بالمال، وليس هنا تمليك المال بالمال، بل هو انتقال الحق من شخص إلى آخر، وليس الحق المحض مالا، وإن كان في العرف يطلق عليه المال، لأن المــال عــبارة عــن ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار[3] .

ولكن تعريف المال لا ينطبق على حق الاستئجار، لأن في العرف أيضا لا يجوز بيع حق محض.

إلا أن هناك صورة يمكن أن يتعامل بها المستأجر وهي أنه يجوز له أن يؤجر الدار أو الحانوت المستأجَر لمستأجر جديد ويأخذ منه مثل الذي أخذ منه من المالي ويعتبر هذا أجرة الشهر الأول ثم ينعزل هو ويبدأ المعاملة بين المستأجر الجديد والمالك.

وقال الشيخ تقي العثماني أيضا بعدم جواز بيع الخلو وقال: " أن بيع مجرد الخلو لا يجوز، وإنما يجوز إذا كان معه عين مركبة في الحانوت، الذي يعبر عنه بالسكنى تارة، والجــدك أخرى، والحاصل ما ذكره العلامة ابن عابدين رحمه الله في تنقيح الحامدية حيث قال بعد ذكر السكنى:

---

[1] العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٠٤.

[2] جديد فقهي مباحث ١/ ١٤٠.

[3] حاشية ابن عابدين ٤/ ٣، والبحر الرائق ٥/ ٢٧٧.

وهـــو غير الخلو الذي هو عبارة عن القدمية ووضع اليد، خلافا لمن زعم أنه هو، واســـتدل بذلك على جواز بيع الخلو، فإنه استدلال فاسد، لما علمت من أن السكنى أعيان قائمة مملوكة، كما أوضحه العلامة الشرنبلالي في رسالة خاصة، لكن إذا كان هذا الجدك المسمى بالسكنى قائما في أرض وقف فهو من قبيل مسألة البناء أو الغرس في الأرض المحـــتكرة، لصـــاحبه الاســـتبقاء بأجرة مثل الأرض، حيث لا ضرر على الوقف، وإن أبى الناظر، نظرا للجانبين على ما مشى عليه في متن التنوير... ولا ينافيه ما في التجنيس من أن لصاحب الحانوت أن يكلفه رفعه، لأن ذاك في الحانوت الملك، بقرينة ما في الفصولين: والفرق أن الملك قد يمتنع صاحبه عن إيجاره، ويريد أن يسكنه بنفســـه، أو يبـــيعه، أو يعطله، بخلاف الموقوف المعد للإيجار، فإنه ليس للناظر إلا أن يؤجـــره، فإيجاره من ذي اليد بأجرة مثله أولى من إيجاره من أجنبي، لما فيه من النظر للوقف ولذي اليد".[1]

تـــبين مـــن هذه الأراء أن بيع الخلو في الأملاك الخاصة إذا قلنا بجوازالخلو فيها لا يجوز، لأن البيع يكون للأموال وليس للحقوق، لأن الحق المحض ليس من الأشياء التي تباع. والله أعلم

موقف القانون من بيع الخلو

قد تقدم أن القانون لا يجيز الخلو، وأن من قام بهذا العمل يستحق الجزاء بالعقاب وحدد القانون هذا الجزاء، فمادام لا يجيز الخلو فلا يتصور بيعه.

---

[1] راجع تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٠٤، وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٧، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١١٣.

المبحث السادس

شفعة صاحب الخلو ووقفه وإرثه

شفعة صاحب الخلو:

من صور ذلك ما ذكر العدوي أنه إذا استأجر جماعة من ناظر الوقف أرضا بثلاثين ديـــنارا في كل عام مثلا وبنوا عليها دارا ولكن الدار تكري بستين، فحقهم يقال له الخلو، فلو باع أحدهم حصته في البناء فلشركائه الأخذ بالشفعة.[1]

ومن صوره ما ذكره محمد أبو السعود من الحنفية في حاشيته على الأشباه والنظائر من أن من له خلو في أرض محتكرة وكان خلوه عبارة عن غراس أو بناء فإنه يجري فيه حق الشفعة، لأنه لما اتصل بالأرض اتصال قرار التحق بالعقار.

ولكن قال ابن عابدين: هذا سهو ظاهر لمخالفته المنصوص في كتب المذهب[2].

أي من أن الوقف لا شفعة له ولا شفعة فيه.[3]

وقف الخلو:

رجـــح جمهـــور مـــتأخري المالكية القول بأن الخلو يجوز وقفه، فإن منفعة العقار الموقوف بعضها موقوف وبعضها غير موقوف، وهذا البعض الثاني هو الخلو، فيجوز أن يتعلق به الوقف، وبمثله قال الرحيباني[4] من الحنابلة: إذا جرت العادة به خرجه من

---

[1] العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩.

[2] حاشية ابن عابدين ٤/ ١٨

[3] انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ١٤٢، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٩.

[4] هو مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطي شهرة الرحيباني مولدا، والرحيبة قرية من أعمال دمشق، وقيل

قول أحمد بصحة وقف الماء إن كانوا قد اعتادوه، ثم قال: وهذا ما ظهر لي و لم أجده مسطورا، لكن القياس لا يأباه وليس في كلامهم ما يخالفه.

قال العدوي: على أنه إن كان الخلو لكتابي في وقف مسجد فإنه يمنع من وقفه على كنيسة مثلا.

والرأي الآخر لدى كل من المالكية والحنابلة وصرح به الشرواني من الشافعية، أن الخلوات لا يجوز وقفها، لأنها منفعة وقف، وما تعلق الوقف به لا يوقف.[1]

وقد قال بذلك أحمد السنهوري وعلى الأجهوري، قال الأجهوري: محل صحة وقف المنفعة إن لم تكن منفعة حبس، لتعلق الحبس بها، وما تعلق به الحبس لا يحبس، ولو صح بها، وقف منفعة الوقف لصح وقف الوقف، واللازم باطل شرعا وعقلا، ومن المعلوم أن كل ذات وقفت إنما يتعلق الوقف بمنفعتها وأن ذاتها مملوكة للواقف. قال: وبهذا تعلم بطلان تحبيس الخلو[2] ووافق الأجهوري على فتياه هذه الشيخ عبد الباقي[3] ثم روجع بفتوى اللقاني بجواز بيعها وإرثهافأفتى بجواز وقفها[4]

ولد في اسيوط، مفتي الحنابلة بدمشق، فقيه، فرضي، أخذ الفقه عن ا لشيخ أحمد البعلي ومحمد بن مصطفى اللبدي النابلسي وآخرين، روي عنه وانتفع به أناس كثيرون انتهت إليه رئاسة الفقه، تولى نظارة الجامع الأموي والإفتاء على مذهب أحمد بن حنبل، توفي سنة ١٣٩هـ وقيل ١٤٠هجري.

من تصانيفه: "مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى"

(حلية البشر ٣/ ١٥٤١، والأعلام ٨/ ١٣٨، ومعجم المؤلفين ١٢/ ٢٥٤).

[1] العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٧٦، ومطالب أولي النهى ٤/ ٣٧١.

[2] فتاوى عليش ٢/ ٢٥١، والشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/ ٣٥٧، وحاشية الشرواني على التحفة ٦/ ٣٧.

[3] هو الشيخ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المالكي شرف العلماء ومرجع العلماء في عصره لزم النور الأجهوري وحضر الشمس البابلي وألف مؤلفات منها شرح مختصر خليل توفي في رمضان سنة ١٠٩٩ هجرية ضحى يوم الخميس رابع عشر رمضان. (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٨٢).

[4] فتاوى عليش ٢/ ٢٣٥، وراجع شرح الزرقاني ٧/ ٧٥.

قال الشيخ عليش: والعمل على الفتوى بجواز وقف الخلو، وبه جرى العمل في الديار المصرية[1] ولم يخالف الأجهوري في سائر التصرفات، كالبيع، والإجارة، والإعارة، والرهن.[2]

أما الحنفية فلم نجد لهم تعرضا لمسألة وقف منفعة الخلو، ولكنهم يتعرضون لمسألة وقف ما بناه المستأجر في الأرض المحتكرة أو غرسه فيها، مما هو مملوك للمستأجر. والأصل عند الحنفية أنه لا يجوز وقف البناء بدون الأرض، سواء أكانت الأرض مملوكة أو موقوفة على جهة أخرى، قال ابن عابدين: أفتى بذلك العلامة قاسم[3]، وعزاه إلى محمد بن الحسن، وإلى الخصاف، وعلله بعضهم بأنه غير متعارف، قال ابن عابدين: فحيث تعورف وقفه جاز، وقال ابن الشحنة[4]: إن الناس منذ زمن قديم نحو مائتي سنة على جوازه، والأحكام به من القضاة العلماء متواترة، والعرف جار به، فلا ينبغي أن يتوقف فيه.

---

[1] فتاوى عليش ٢/ ٢٥١.

[2] حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٣- ٤٦٧.

[3] هو قاسم بن الحسين بن أحمد الخوارزمي مجد الدين، الملقب بصدر الأفاضل عالم بالعربية، من فقهاء الحنفية من أهل خوارزم، ولد ٥٥٥هـ ، وتوفي سنة ٦١٧ هـ.
من تصانيفه: "شرح المفصل للزمخشري"و" ضرام السقط"و" التوضيح شرح المقامات"و" بدائع الملح"و"
(البدر الطالع ٢/ ٤٢ والأعلام ٥/ ١٧٥).

[4] هو عبد البر بن محمد بن محمد بن محمود بن الشحنة، أبو البركات، سري الدين قاض فقيه حنفي، أصولي، مشارك في أنواع من العلوم، ولد بحلب عام ٨٥١هجري، وانتقل إلى القاهرة، وتولى قضاء حلب ثم قضاء القاهرة، وصار جليس السلطان الغوري وسميره وتوفي سنة ٩٢١ هجرية.
من تصانيفه: "الذخائر الأشرفية في ألغاز الحنفية" و" زهرة الرياض" و"رسالة في الفقه"و" غريب القرآن"و" تفصيل عقد الغرائب".
(شذرات الذهب ٨/ ٩٨، ومعجم المؤلفين ٥/ ٧٧، والأعلام ٤/ ٤٧، والفوائد البهية ص ١١٣.

وأما إذا وقفه على الجهة التي كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة، وحرر صاحب البحر الرائق القول الأول ووافقه ابن عابدين، قال: لأن شرط الوقف التأبيد، والأرض إذا كانت ملكا لغيره فللمالك استردادها وأمره بنقض البناء، وكذا لو كانت ملكا للواقف، فإن لورثته بعده ذلك، فلا يكون الوقف مؤبدا، قال: فينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأرض معدة للاحتكار، لأن البناء يبقى فيها كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لا مطالب لنقضه، والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفا.[1]

ونقل صاحب الدر أن ابن نجيم سئل عن البناء والغراس في الأرض المحتكرة، هل يجوز بيعه ووقفه؟

فأجاب: نعم، قال ابن عابدين: ووقف الشجر كوقف البناء، أما مجرد الكبس بالتراب أي ونحوه مما هو مستهلك كالسماد فلا يصح وقفه، ونقل عن الإسعاف في أحكام الأوقاف أنه لا يجوز وقف ما بني في الأرض المستأجرة مالم تكن متقررة للاحتكار[2]

وما يسمى الكدك أو الجدك في حوانيت الوقف ونحوها من رفوف مركبة في الحانوت على وجه القرار، فالظاهر أنه لا يجوز وقفه لعدم العرف الشائع بخلاف وقف البناء والشجر.[3]

---

[1] الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٠ –٣٩١، والبحر الرائق ٥/ ٢٢٠.

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩١.

[3] المصدر نفسه ٣/ ٣٩١.

تـبين مـن أقوال العلماء أن أكثرهم ذهبوا إلى جواز وقف الخلو، وعلى رأسهم المالكية، وكذلك متأخري الحنفية أيضا قالوا بجواز وقفه، كما ذهب بعض الحنابلة إلى هذا الرأي، فما دمنا قلنا بجواز الخلو يجوز وقفه أيضا والله أعلم.

إرث الخلو:

الذين قالوا من المالكية والحنفية والحنابلة إن الخلو يملك ويباع ويرهن ذهبوا إلى أنه يورث، وقد تقدم ذكر فتيا اللقاني في ذلك وذكر من وافقوه عليها.[1]

ولا يخفـى أن الخلـو في الأوقاف عند من أفتى بأنه يملك، يورث على فرائض الله تعالى.

تكاليف الإصلاحات:

عـلى صاحب الخلو أو أصحابه ما يقومون به من الإصلاحات، وقد يكون ذلك علـيهم على قدر ملكهم فيه، وليس على ناظر الوقف منه شيئ، كما لو اشتركوا في بناء في أرض وقف اكتروه من ناظره لذلك، وقد يكون عليهم وعلى الناظر بالنسبة، كما لو عمر المستأجر من ماله حانوت الوقف إذا تخرّب على أن يكون له خلوا.[2]

---

١ فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٩- ٢٥٠، ومطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٠، والفتاوى المهدية ٥/ ٨.

٢ العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩.

خلاصة ما ورد في هذا الفصل

١- الخلو عبارة عن المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعه إلى الناظر لتعمير الوقف إذا لم يوجد ما يعمر به.

٢- وقيل هو اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلتها الدراهم.

٣- مسألة الخلو من المسائل الحديثة، حيث أن التطور الصناعي والتجاري أدى إلى شيوعها.

٤- نشأ الخلو في بداية القرن العاشر وراج لأول مرة في القاهرة.

٥- الخلو حق المستأجر لا حق المالك.

٦- ينقسم الخلو إلى ثلاثة أنواع، الخلو في عقارات الأوقاف، والخلو في أراضي بيت المال، والخلو في الأملاك الخاصة.

٧- الخلو في عقارات الأوقاف ينشأ باتفاق بين الواقف أو الناظر وبين المستأجر وله صور منها:

أ- أن يكون الوقف آيلا للخراب فيؤجر لمن يعمره.

ب- أن يكون لمسجد حوانيت موقوفة عليه، واحتاج المسجد للتكميل أو العمارة.

جـ- أن تكون أرض موقوفة و لم يكن هناك ريع تعمر به.

د- أن يريد الواقف بناء محلات للوقف.

هـ- أن يشتري حق الخلو شراء من الناظر ولو لمصلحة الموقوف عليهم من غير أن يكون النفع يحتاج إليه الوقف نفسه.

٨- حكم أنواع الخلو المذكورة تختلف بعضها جائزة وبعضها غير جائزة.

٩- الأجرة التي يدفعها صاحب الخلو هي أجرة المثل.

١٠- يثبت نشوء الخلو في عقارات الأوقاف إذا كان للمستأجر في هذه الأوقاف حق القرار، وذلك بسبب ما ينشئه في أرض الوقف لأجل أن يكون ملكا له، وخلوا ينتفع به.

١١- أراضي بيت المال- هي التي آلت إليه بموت أربابها أو فتحت عنوة وأبقاها الإمام لبيت المال وتسمي "أرض الحوز".

١٢- إذا دفع الإمام أراضي بيت المال إلى الرعية كانت بأيديهم وليس لهم بيعها ولا استبدالها إلا بإذن الإمام.

١٣- من تسلم أراضي بيت المال بوجه حق فهو أولى به من غيره مادام يدفع أجر المثل فيكون له فيها "مشد مسكة" يتمسك بها مادام حيا في الحرث وغيره.

١٤- إذا مات من بيده شيئ من أراضي بيت المال فإنها لا تورث عنه لأن رقبتها لبيت المال فترجع إليه وأما الغراس والبناء فيورث طبقا للوجه الشرعي.

١٥- مشد المسكة في أراضي بيت المال لا يورث لأنه حق مجرد إلا أنه ينتقل إلى الأبناء انتقالا لا على سبيل الميراث بل أنهم يكونون أولى به من غيرهم.

١٦- يختلف حكم الخلو في الأملاك الخاصة عن الخلو في الوقف وذلك

في ثـــبوت حق القرار حيث يثبت للمستأجر في الأخير دون الخلو في الأملاك الخاصة.

١٧- لا يثبت حق القرار في الأملاك الخاصة وذلك أن المالك أحق بملكه إذا انتهى عقد الإجارة.

١٨- ينقسم الخلو في الأملاك الخاصة إلى ثلاثة أقسام.

١٩- القسم الأول من الخلو في الأملاك الخاصة ويسمى "premium rent" وـــله صـــورتان الصورة الأولى وهو أن يتفق المالك مع المستأجر بأن يدفع الأخير إضافة إلى الأجرة، أجرة أخرى، وإحدى هاتين أجرتين تكون خلوا، ثم ليس هناك أي طريق لرده.

٢٠- في الصورة المذكورة في المادة ١٩ جميع التصرفات والحقوق تنتقل إلى المستأجر، ولا يبقى للمالك سوى الرقبة.

٢١- اتفق الفقه والقانون على عدم جواز هذه الصورة.

٢٢- الصورة الثانية من القسم الأول ويسمى "security deposit" وهو أن يرد الخلو عند انتهاء الإيجار.

٢٣- في الصورة السابقة للمستأجر خيار في اخلاء المكان أو عدم إخلائه لكونه يثبت له جميع الحقوق والتصرفات كما في الصورة الأولى.

٢٤- أكثر العلماء قالوا بعدم جواز هذه الصورة وذهب القانون كذلك إلى عدم جوازه.

٢٥- ذكر العلماء بديلا لحل المشكلة وهو أن يأخذ المؤجر من المستأجر مقدارا مقطوعا من المال، يعتبر كأجرة مقدمة لسنين معلومة، وهذا بالإضافة إلى الأجرة السنوية أو الشهرية.

٢٦- القسم الثاني من الخلو في الأملاك الخاصة وهو أن يطلب المالك

مـــن المســـتأجر تخلية المكان وفي مقابل ذلك يدفع المالك إلى المستأجر مبلغا من النقود.

٢٧- وفي القسم الثاني من الخلو لا تخلو إما أن تكون مدة الإجارة قد عينت أو لم تعين، وعند تعيين المدة، لا تخلو إما أن تكون المدة قد انتهت أو لم تنته ولكل حالة حكم يناسبها.

٢٨- إذا لم تعين المدة وطلب مالك المكان من المستأجر إخلاء المكان، يجوز هذه المطالبة وعدم إخلاء المكان من قبل المستأجر يعتبر ظلما.

٢٩- وأما إذا عينت المدة و لم تنته فللمستأجر حق مطالبة العوض.

٣٠- القسم الثالث وهو أن يستأجر المستأجر المكان أو الحانوت إلى شخص آخر ويأخذ منه الخلو.

٣١- في الصورة السابقة يعتبر الخلو ثمنا والشيئ المستأجر مبيعا وجميع الحقوق ثابتة للمستأجر فهو يتصرف فيه ما يشاء.

٣٢- لا يجيز الفقه والقانون مثل هذه المعاملة من الخلو، ويعتبر العقد من الناحية القانونية باطلا.

٣٣- لا يجوز بيع حق الإيجار، لأن الحقوق لا تباع وإنما يباع الأموال.

٣٤- إذا أنشأ المستأجر خلوه، صار الخلو ملكا له، ومن حقه التصرف فيه بالبيع والإجارة، والرهن والهبة، وغير ذلك.

٣٥- يثبت حق الشفعة في الخلو لمن قال بجوازه.

٣٦- وقف الخلو جائز على رأي القائلين بجوازه.

٣٧- تكاليف الإصلاحات في الخلو على صاحب الخلو.

الفصل الرابع: العلاقة بين حق الاستقرار والعوارض،

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في ماهية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها.

المبحث الثاني: في ماهية الظروف القاهرة والعلاقة بينها وبين حق الاستقرار.

الفصل الرابع

العلاقة بين حق الاستقرار والعوارض

وفيه مبحثان

المبحث الأول

ماهية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها.

لا شك أن اصطلاح الظروف الطارئة مصطلح حديث لم يستعمله الفقهاء القدامى والظروف- لغة- جمع ظرف، والظرف هو الوعاء قال الكسائي هي المحال[1] والفراء يسميها الصفات[2] ومنها ظرف الزمان والمكان عند النحاة.

والطارئ: لغة بكسر الراء جمع طُرَاء، مشتق من طرأ يطرأ، طرأ وطرواء أي أتاهم من مكان بعيد فجأة وعليه فالمقصود من الظروف الطارئة في اللغة هي الحوادث التي تحدث فجأة، خلاف الأصلي.

فالحوادث الطارئة: الأمور الخارجة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقع لها، ومنه نظرية الحوادث الطارئة[3]، Emergency circumstance

وأما الظرف الطارئ في الاصطلاح القانوني[4]: فهو الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين ابرامه وتنفيذه وألا يكون بالامكان توقعه أو التحرز منه.

وهذه النظرية تفترض أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال كعقد توريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم

---

[1] قاموس المحيط ٨/ ٥ تاج العروس ٦/ ١٨٣

[2] معجم تاج العروس ٦/ ١٨٦.

[3] معجم لغة الفقهاء ص ٢٨٧

[4] الوسيط للسنهوري ١/ ٥٢ ونظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٥٠٨

يكـــن في الحســـبان، بحيـــث يختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا، وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعا فاحشا، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المـــألوف، ولـــو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكان قوة قاهرة، ولا نقضي به الالتزام، ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخســـارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف، لما كان له من أثر، ولو وجب على المديـــن تنفـــيذ ما التزم به بصورة كاملة، ولكنا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصـــبح مستحيلا، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف، ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائما وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه، إذ لو كان قائما وقت نشوء العقد لبقينا في نطاق تكوين العقد و لم نخرج إلى نطاق تنفيذه، ولكان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

فماذا يكون الحكم في المثل الذي أسلفناه؟ تقول نظرية الظروف الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كماهو لأنه مرهق، ولكـــن يـــرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه، يطبقه بمشقة ولكن في غير إرهاق[1].

ومما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي عالج الظروف الطارئة خير علاج قبل أن يعرف عـــنها القانون شيئا مذكورا وقد سبق الفقه القانون بقرون عدة تطبيق أحكام النظرية كحلول عملية لمسائل مختلفة وإن سميت بأسماء متنوعة تارة (الفسخ بالأعذار) وطورا (وضع الجوائح في بيع الثمار) وأخرى (تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود) فإنها

[1] مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ٦/ ٢٠.

تضـــاهي ما وصلت إليه أحدث القوانين من تطور في معالجة الظروف الطارئة وأثرها عـــلى الالتزام، وأصولها في الفقه الإسلامي ما أشارت إليه النصوص المجملة في القرآن الكـــريم وفي السنة النبوية وما استنبط منهما من قواعد فقهية وسوف نشير إلى هذه النصـــوص والقواعد فيما بعد ونذكر بعض المصطلحات التي لها صلة كبيرة بمصطلح الظروف الطارئة، وهذه الألفاظ هي: الضرورة، والعذر، والحاجة، والإكراه، وغيرها، ولذا نرى أن نشير أولا إلى معاني هذه الألفاظ عند الفقهاء:

أولا- الضـــرورة في اللغـــة: اسم من الاضطرار، والاضطرار: الاحتياج الشديد، تقول: حملتني الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا.[1]

وفي الاصطلاح: فقدعرفها الجرجاني: بأنها النازل مما لا مدفع له.[2]

وللضـــرورة تعـــاريف مـــتقاربة المعنى عند أسلافنا الفقهاء، منها ما ذكره أبوبكر الجصاص عند الكلام عن المخمصة فقال: الضرورة: هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل[3].

وبمـــثل ذلـــك قال البزدوي: معنى الضرورة في المخمصة: أنه لو امتنع عن التناول يخاف تلف النفس أو العضو[4].

والخلاصة أن الضرورة عند الفقهاء هي: بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات، أو تلف منه عضو، وهذا يبيح تناول المحرم.[5]

---

[1] لسان العرب المادة ضرر ٤/ ٤٨٣ والمصباح المنير المادة ضرر.

[2] التعريفات للجرجان ص ٦٠

[3] أحكام القرآن ١/ ١٥٠، وما بعدها، وبمثل ذلك قال الحنابلة: الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل (المغني ٨/ ٥٩٥).

[4] كشف الأسرار ٤/ ١٥١٨.

[5] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ١/ ٢٧٧، والمنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣١٩.

ووجه الشبه بين الضرورة ونظرية الطارئة يتبين في ثلاث نقاط:

أ- من حيث السبب- في نظرية الطوارئ يحدث الحادث الطارئ من دون إرادة المدين وفي حالة الضرورة يحدث الخطر الحال على النفس والمال بدون إرادة الشخص الذي أصبح في حالة ضرورة لدفع الخطر عنه وعن غيره.

ب- مـــن حيث تعارض الضررين- في نظرية الطوارئ يتعارض الضرر الأخف الـــذي يصـــيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، والضرر الأشد الـــذي يصيب المدين من جراء الارهاق بسبب الظرف الطارئ إذا ما الزم بالتنفـــيذ وفي نظـــرية الضرورة يتعارض الضرر الأخف الذي يصيب الغير والضرر الأشد الذي يهدد الشخص أو الغير في نفسه أو ماله.

ج- من حيث الجزاء وتحمل التبعة: في نظرية الطوارئ يرد الالتزام المرهق إلى الحد لمعقـــول بتوزيع تحمل التبعة بين المتعاقدين وفي نظرية الضرورة يدفع الخطر الحال بالاضرار بالغير ويحكم بالتعويض المناسب إن كان له مقتض.

وتختلف الضرورة عن نظرية الطارئة في الأمور الآتية:

أ- مـــن حيـــث المســـئولية: في نظرية الضرورة يترتب الاعفاء من المسئولية التقصيرية بينما في نظرية الطوارئ يترتب تعديل الالتزام التعاقدي الناتج عن المسئولية العقدية.

ب- من حيث الموضوع: في نظرية الطوارئ، الموضوع تعديل الالتزام التعاقدي بسبب الحادث الطارئ أما الموضوع في نظرية الضرورة انتفاء الخطأ بسبب حالة الضرورة.

ج- من حيث الجزاء: في نظرية الطوارئ يتدخل القضاء لتعديل الالتزام أو الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وفي نظرية الضرورة يجوز للقاضي أن يحكم للمضرور بتعويض مناسب.

د- من حيث النشوء: يعمل بنظرية الظروف الطارئة بسبب حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ الالتزام وهو سبب مادي أما في نظرية الضرورة فسبب العمل بها هو شخصي عند قيام الشخص بدفع الخطر الحال عنه أو عن غيره باحداث ضرر للغير.

ه – من حيث تحمل التبعة: في نظرية الطوارئ يوزع تحمل التبعة بين الدائن والمدين أما في نظرية الضرورة فيتحمل التبعة المضرور لدفع الخطر الحال بالمضطر.

كان أئمة المذاهب في الفقه الإسلامي ينظرون إلى الحقوق نظرة أقرب إلى الاطلاق منها إلى التقييد ويعتبرون أن الشارع إذا قرر للفرد حقا أو أجاز له بإتيان فعل فإنه لا يحاسبه إذا استعمل حقه ولو أضر بالغير تطبيقا لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) مثل إذا أراد مالك الأرض أن يبنيها ويرتفع في بنائها فليس لجاره منعه ولو كان ارتفاع البناء يسدعليه الريح والشمس[1].

غير أن المتأخرين من الأحناف عندما تطورت الحياة في المجتمع وجدوا حاجة الحد من حق الملكية فقيدوا استعماله على خلاف القياس بشرط عدم احداث ضرر فاحش للغير ووصلوا إلى ذلك من طريق "الاستحسان" ووضعوا معيارا للضرر الفاحش، وهو الذي يمنع التمكن من حوائج الملك الأصلية مثل ليس للمالك أن يقسم جدارا عاليا يحجب النور والهواء كلية عن ملك جاره[2].

---

[1] المبسوط للسرخسي ٢١/١٥.

[2] المصدر نفسه ١٥/ ٢١

وهكـــذا أصـــبح حق الملكية حقا نسبيا لا مطلقا وأصبح المالك ممكن تضمينه نتيجة اســتعمال ملكـــه على أن تقدر اساءة الاستعمال بمعيار موضوعي هو معيار "الضرر الفاحش".

ثانيا – الحاجة:

والحاجة في اللغة تطلق على الافتقار، وعلى ما يفتقر إليه.

واصـــطلاحا: هي كما عرفها الشاطبي – ما يفتقر إليه من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدى – في الغالب- إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين- على الجملة- الحرج والمشقة[1].

قال الزركشي وغيره: والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك، غير أنه يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح المحرم[2].

والفرق بين الحاجة والضرورة، أن الحاجة وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة، ومرتبتها أدنى منها ولا يتأتى بفقدها الهلاك.

ثالثا– الحرج:

والحرج في اللغة: بمعنى الضيق، ويطلق عند الفقهاء على كل ما تسبب في الضيق، سواء أكان واقعا على البدن أم على النفس أم عليهما معا.

والصـــلة بـــين الضـــرورة والحـــرج أن الضرورة هي أعلى أنواع الحرج الموجبة للتخفيف.

رابعا– العذر: والعذر نوعان: عام وخاص.

---

[1] الموافقات ٢/ ١٠-١١.

[2] المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣١٩، وغمز عيون البصائر ١/ ٢٧٧.

والعـــذر العــام: هو الذي يتعرض له الشخص غالبا في بعض الأحوال كفقد الماء للمسافر، فيسقط قضاء الصلاة، وقد يكون نادرا، وهو إما أن يدوم كالحدث الدائم والاستحاضة والسلس ونحوه، فيسقط القضاء أيضا، أما النادر الذي لا يدوم ولا بدل معه كفقد الطهورين ونحوه، فيوجب القضاء عند بعض الفقهاء.

وأمــا العــذر الخاص: فهو ما يطرأ للإنسان أحيانا، كالانشغال بأمر ما عن أداء الصلاة فهذا يوجب القضاء[1].

والصـــلة بـــين الضـــرورة وبين العذر أن العذر نوع من المشقة المخففة للأحكام الشرعية، وهو أعم من الضرورة، ولعل أقرب الألفاظ إلى الظروف الطارئة هو كلمة العذر، وقد استعمل الحنفية هذا الاصطلاح لنظرية الظروف الطارئة[2].

خامسا — الجائحة:

الجائحة في اللغة: الشدة، تجتاح المال من سنة أو فتنة وهي مأخوذة من الجوح بمعنى الاستئصـــال والهـــلاك، يقال: جاحتهم الجائحة واجتاحهم، وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى: أي أهلكه بالجائحة[3].

والجائحة قد تكون سببا لضرورة.

سادسا — الإكراه:

الإكـــراه لغة: حمل الغير على شيئ لا يرضاه، يقال: أكرهت فلانا إكراها: حملته على ما لا يحبه ويرضاه[4].

---

١ المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٧٥- ٣٧٦.

٢ غمز عيون البصائر ١/ ٢٧٧.

٣ الصحاح والقاموس ولسان العرب والمصباح المنير مادة (جوح).

٤ مختار الصحاح ص ٢٦٨

وعرفه البزدوي بأنه: حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفابه[1].

وقد يؤدي الإكراه إلى الضرورة كالإكراه الملجئ.

ومما لا خلاف بين الفقهاء أن الأحكام الشرعية نوعان: أحكام كلية شرعت ابتداء، ولا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون دون بعض، ولا ببعض الأحوال دون بعض.

وأحكام شرعت لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[2].

وقد ورد في الكتاب والسنة ما يدل على مشروعية العمل بالأحكام الاستثنائية بمقتضى الضرورة، وتأيد ذلك بمبدأي اليسر وانتفاء الحرج اللذين هما صفتان أساسيتان في دين الإسلام وشريعته.

أما القرآن الكريم ففيه عدة آيات تدل على مشروعية العمل بمقتضى الضرورة واعتبارها في الأحكام.

منها قوله تعالى: " إنما حرّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم"[3].

وقوله تعالى: " وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"[4].

---

[1] كشف الأسرار ٤/ ١٥١٧

[2] الموافقات للشاطبي ١/ ٣٠٠- ٣٠١.

[3] سورة البقرة الآية ١٧٣.

[4] سورة الأنعام الآية ١١٩.

فهاتان الآيتان، وغيرهما تبين تحريم تناول مطعومات معينة كالميتة ونحوها، كما أنها تتضمن استثناء حالة الضرورة حفاظا على النفس من الهلاك، والاستثناء من التحريم- كما قال البزدوي –إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحا قبل التحريم، فيبقى على ماكان في حالة الضرورة[1].

وأما الأحاديث فكثيرة منها:

مـــا رواه أحمد عن أبي واقد الليثي أنهم قالوا: " يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا بها المخمصة فمتى يحل لنا الميتة؟ قال: إذا لم تصطبحوا، و لم تغتبقوا، و لم تحتفئوا، فشأنكم بها"[2].

وعن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرّة محتاجين قال: " فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم، فرخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم في أكلها، قال: فعصمتهم بقية شتائهم أو سنتهم"[3].

وقد دل الحديثان على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه.

هــذا وقد وضع الفقهاء عدة شروط يجب تحققها عند العمل بالضرورة وهذه الشروط على النحو التالي:

أ- يشترط أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وتظهر هذه القاعدة في الفروع الفقهية المبنية على الرخص منها:

---

[1] كشف الأسرار ٤/ ١٥١٨.

[2] أخرجه أحمد ٥/ ٢١٨، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ١٦٥: " ورواه أحمد بإسنادين رجال أحدهما رجال الصحيح". والمعنى لم تجدوا ألبتة تصطبحونها، أو شربا تغتبقونه و لم تجدوا بعد عدم الصبوح والغبوق بقلة تأكلونها حلت لكم الميتة.
(نيل الأوطار ٤/ ١٥١.

[3] أخرجه أحمد ٥/ ٨٧.

يشترط الفقهاء لتحقق الإكراه خوف المكره إيقاع ما هدد به في الحال بغلبة ظنه[1]، وبناء على هذا الشرط فقول المكره "لأقتلنك غدا" ليس بإكراه[2]

يقول الشاطبي: الصواب الوقوف مع أصل العزيمة، إلا في المشقة المخلة الفادحة فإن الصبر أولى، مالم يؤد ذلك إلى دخل في عقل الإنسان أو دينه، وحقيقة ذلك أن لا يقـــدر عـــلى الصبر، لأنه لا يؤمر بالصبر إلا من يطيقه، فأنت ترى بالاستقراء أن المشـــقة الفادحـــة لا يلحق بها توهما، بل حكمها أخف بناء على أن التوهم غير صادق في كثير من الأحوال فإذا: ليست المشقة بحقيقة، والمشقة الحقيقية هي العلة الموضوعة للرخصة فإذا لم توجد كان الحكم غير لازم[3].

ب- ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية قـــال أبـــو بكر الجصاص عند تفسيره لقوله الله تعالى: " وقد فصل لكم ما حـــرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"[4] معنى الضرورة هنا: هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل وقد انطوى تحته معنيان:

أحدهما: أن يحصل في موضع لا يجد غير الميتة.

والـــثاني: أن يكون غيرها موجودا، ولكنه أكره على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه، وكلا المعنيين مراد بالآية عندنا[5].

ج- يجب على المضطر مراعاة قدر الضرورة، لأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، وتفريعا على هذا الأصل قرر جمهور الفقهاء أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق[6].

---

[1] حاشية ابن عابدين ٥/ ٨٠، ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٩.

[2] مغني المحتاج ٣/ ٢٩٠.

[3] الموافقات ١/ ٣٣٦

[4] سورة الأنعام الآية ١١٩.

[5] أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٥٠.

[6] غمز عيون البصائر ١/ ٢٧٦ –٢٧٧.

د- يجـــب عـــلى المضطر أن يراعي عند دفع الضرورة مبدأ درء الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل.

ه - ألا يقدم المضطر على فعل لا يحتمل الرخصة بحال[1].

حالات الضرورة:

بتتبع عبارات الفقهاء والمفسرين يتبين أن أهم حالات الضرورة عبارة عن:

١- الاضطرار إلى تناول المحرم من طعام أو شراب.

٢- الاضطرار إلى النظر واللمس للتداوي

٣- الاضطرار إلى أخذ مال الغير وإتلافه.

٤- الاضطرار إلى إتلاف نفس أو فعل فاحشة.

٥- الاضطرار إلى قول الباطل[2].

أثر الضرورة أو العذر في العقود:

ومما لا خلاف فيه أن العقود اللازمة يجب الوفاء بها لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[3].

لكـــن قـــد تطرأ أعذار لا يمكن معها الوفاء بها، أو يتعسر معها ذلك وعندئذ ينحلّ الإلزام وينفسخ العقد، وفي ذلك يقول ابن عابدين: " كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"[4].

بناء على هذا نستطيع أن نقول أنه متى عجز المحتكر أو المستأجر أو صاحب الخلو عن الوفـــاء بالعقد بسبب الضرورة أو العذر إما لكونه قد أفلس، أو خرب البناء، أو نحو

---

[1] بدائع الصنائع ٧/ ١٧٧.

[2] أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٥ ط عيسى الحلبي.

[3] سورة المائدة الآية ١

[4] حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٥.

ذلـــك يجوز له فسخ العقد، وإن ترتب على ذلك المفسدة في جانب المؤجر، لأن هذه المفسدة في مقابل تلك تعتبر خفيفة والقاعدة الفقهية تقول يؤخذ بأخف الضررين.

وهـــناك عدة قواعد فقهية وضعها العلماء لضبط أحكام الضرورة، وتوضيح معالمها العامة وتنظيم آثارها، وأهم هذه القواعد هي:

المشقة تجلب التيسير[1].

الأصـــل في هـــذه القاعدة قوله تعالى: " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"[2]، وقولـــه تعالى: " وما جعل عليكم في الدين من حرج"[3]. ويتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته.

هذا وقد خرج عن هذه القاعدة ما نص عليه وإن كان فيه مشقة وعمت به البلوى[4]، قال ابن نجيم:المشقة والحرج إنمايعتبران في موضع لانص فيه،وأمامع النص بخلافه فلا[5].

إذا ضاق الأمر اتسع:

هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة التي قبلها وبينهما تقارب في المآل، ومعناها أنه إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع. ومن فروع هذه القاعدة:

شـــهادة النساء والصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال دفعا للحرج وضياع الحقوق.

ومـــن فروعها أيضا وهو ما يتعلق بموضوعنا (الأعذار الموجبة لفسخ مطلق الإجارة "والإجـــارة الطويلـــة، والإجـــارتين، والحكر، والخلو" دفعا للضرر عن المستأجر أو المؤجر، أو المحتكر أو صاحب الخلو)[6].

---

[1] غمز عيون البصائر ١/ ٢٤٥ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦- ٧٠.

[2] سورة البقرة الآية ١٨٥.

[3] سورة الحج الآية ٧٨.

[4] شرح المجلة للأتاسي ١/ ٥٠.

[5] غمز عيون البصائر ١/ ٢٧١.

[6] نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٢٢

الضرورات تبيح المحظورات:

هذه قاعدة أصولية معناها أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة[1]، وفي أحكام الطوارئ الضـــرورة في إزالة الضرر عن المدين، أباحت المحظور وهو عدم تنفيذ الالتزام بسبب حدوث الظرف الطارئ غير المستحق عند ابرام العقد.

الضرورات تقدر بقدرها:

معـــنى هـــذه القاعدة: أن كل فعل أو ترك جوز للضرورة فالتجويز على قدرها ولا يتجاوز عنها[2].

ما جاز لعذر بطل بزواله:

هـذه القـاعدة مكملة للقاعدة السابقة، فالقاعدة المتقدمة يعمل بها أثناء قيام الضرورة وهذه القاعدة تـبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة، ومعناها أن ماجاز فعله بسبب عذر من الأعذار، أو عـارض طـارئ مـن العـوارض فإنـه تزول مشروعيته بزوال حال العذر. لأن جوازه لما كان بسبب العـذر فهـو خلـف عـن الأصـل المـتعذر، فـإذا زال العـذر أمكـن العمـل بالأصـل، فلو جاز العمل بـالخلف- أيضـا- للـزم الجمـع بـين الخلف والأصل فلا يجوز كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجـاز لهـذه العلـة[3].ومـن فـروعها ممـا يـتعلق ببحثـنا (أنـه يمتـنع على المستأجر "والمحتكر، وصـاحب الخلـو" فسـخ عقـد الإيجـار إذا أزال المؤجر أو صاحب الأرض أو الحانوت قبل الفسخ الحـادث في الشـئ المـأجور والمحـتكر والـذي كـان يجـيز لهمـا الفسخ بسـبب عـذر من الأعذار المشروعة)[4].

الاضطرار لا يبطل حق الغير:

---

[1] المصدر نفسه ١/ ٢٧٥، و الأشباه للسيوطي ص ٨٤.

[2] شرح المجلة للأتاسي ١/ ٥٦.

[3] المصدر نفسه ١/ ٥٩-٦٠

[4] حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٥

الاضـــطرار وإن كـــان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة، وفي بعضها الترخيص في فعله مع بقائه على الحرمة- ككلمة الكفر- إلا أنـــه على كل حال لا يبطل حق الغير، وإلا لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهذا غير جائز.

ويـــتفرع عـــن هذه القاعدة أنه إذا انتهت مدة عقد الإيجار أو الحكر لأرض مزروعة مـــأجورة أو محتكرة فإن مدة الإجارة والحكر، تمدد للضرورة لإدراك الزرع ونضجه على أن يدفع المستأجر والمحتكر أجر المثل عن المدة المذكورة[1].

هذه القواعد وما تفرع عنها تدل على أن فقهاء المسلمين قد وضعوا ضوابط للضرورة أو العـــذر والذي يسميها الفقهاء المعاصرون وفقهاء القانون الظروف الطارئة، فالفقه الإســـلامي اهتم بنظرية "الظروف الطارئة" وإن لم يسميها بهذا المصطلح، ونذكر إلى جانـــب ذلـــك بعض الأمثلة التي أو ردها الفقهاء في مؤلفاتهم مما تدل على عنايتهم بالـــنظرية المذكـــورة ولها صلة كبيرة بموضوعنا قلنا فيما تقدم أن الحكر، والإجارة الطويلة، والخلو نوع من أنواع الإجارات، ولا شك أن للظروف أثر في فسخ الإجارة كما أشرنا إلى ذلك، وأن فسخ الإجارة والحكر والخلو بالظروف والأعذار وإنقاص الـــثمن بالجوائح في بيع الثمار ونحوها من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام مثل كساد الأوراق النقدية، أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، تعتبر أمثلة حية لنظرية الظـــروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقا لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توفر التعادل، والتوازن في الالتزامات وتنفيذها[2].

ذكرنا أن الحكر غالب ما يرد في إجارة الوقف، فالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين، لا تباع ولا توهب إلا إذا تهدمت أو أصبحت نفقاتها أكثر من إيرادها، فيجوز للمحكمة الإذن باستبدالها[3].

---

[1] انظر القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح بن غانم السدلان ص ٣٠٨، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هجرية دار بلنسية للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية - الرياض

[2] انظر نظرية الضرورة الشرعية ص ٣٢٤.

[3] أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضا أخرى للحاجة والمصلحة، فقالوا: يجوز للقاضي النزيه العدل الإذن باستبدال الوقف، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار ٢/ ٤٢٥)

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضـــرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلـــك، لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة.

وتنازل المستأجر لغيره بعوض بعد انتهاء المدة مرهون برضا المالك، وبالرغم من أن أصـــل المذهب الحنفي لا يجيز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة، وكذا لا يجـــوز بيع الحق، فإن كثيرا من الحنفية أفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال كالإمامة والخطابة والأذان ونحوها، وتستند هذه الفتوى إلى الضرورة وتعارف الناس وبالقياس على ترك المرأة قسمها لصاحبتها، لأن كلا منهما مجرد إسقاط للحق، وقياسا على أنه يجوز لمتولي النظر على الأوقاف عزل نفسه عند القاضي، ومن العزل، الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره، وقد جرى العرف بالفراغ بعوض[1].

وكذلك تجوز الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل عند الحنفية والمالكية والحنابلة[2] كأن يقـــول شخص لآخر: أجرتك هذه الدار رأس شهر كذا، أو أجرتك هذه الدار سنة أولهـــا غـــرة شهر رمضان، وكان العقد في رجب مثلا، لأن عقد الإيجار ينعقد شيئا فشـــيئا عـــلى حسب حدوث المعقود عليه شيئا فشيئا، فكان العقد مضافا إلى حين وجـــود المنفعة من طريق الدلالة الضمنية، وقد أجيزت الإضافة في الإجارة دون البيع للضرورة، وترتب على مذهب الحنفية أن المؤجر لو باع الدار المؤجرة لا يصح في حق المستأجر، وإن لم يجئ الوقت الذي أضيف إليه عقد الإجارة[3].

---

١ حاشية ابن عابدين ٤/ ١٥.

٢ راجع البدائع ٤/ ٢٠٥ تبيين الحقائق ٥/ ١٤٨، وبداية المجتهد ٢/ ٢٢٤، والمغني ٥/ ٤٠٠

٣ حاشية ابن عابدين ٥/٤.

واســتدل الحنابلة على صحة هذا الحكم عندهم: بأن هذه المدة في المستقبل يجوز العقــد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة، واشتراط القدرة على التسليم إنما يكون عند وجوب التسليم كالمسلم فيه[1].

وقال الشافعية: لا تصح إجارة عين لمنفعة مستقبلية كإجارة الدار سنة المستقبلة أو ســنة أولها من الغد، مالم تكن المدة متصلة بالعقد، لأن الإجارة بيع المنفعة، وطريق جوازهــا عــندهم أن تجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد، إذ لابد من أن يكــون محل حكم العقد موجودا فجعلت المنافع كأنها أعيان قائمة بنفسها، وإضافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح، كما في بيع الأعيان، وأما إجارة الذمة، فيصح تأجيل المنفعة فيها إلى أجل معلوم في المستقبل مثل: ألزمت ذمتك الحمل إلى مكة أول شهر كذا[2].

استبدال الوقف وبيعه حالة الخرب، أجاز الفقهاء استبداله وبيعه للضرورة بشروط وقيود وتفصيلات لديهم.

فقال الحنفية للمسجد بمجرد القول على المفتى به صفة الأبدية، فلا تنسلخ عنه صفة المسجدية ولو استغني عنه، فلو خرب المسجد وليس له ما يعمر به، وقد استغنى الناس عــنه لبــناء مسجد آخر، يبقى مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد أبدا إلى قيام الساعة، وبرأيهما يفتى، فلا يعود إلى ملك الباني وورثته، ولا يجوز نقل ماله إلى مسجد آخر، ســواء أكانوا يصلون فيه أم لا، ولا يحل وضع جذوع على جدار المسجد، ولو دفع الأجرة.

وقــال محمد: إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يعمر به، فيرجع إلى الباني أو ورثته.

---

1 المغني ٥/ ٤٠٠

2 مغني المحتاج ٢/ ٣٣٨، والمهذب ١/ ٣٩٦.

وعلى هذا الخلاف: في الرباط[1] والبئر إذا لم ينتفع بهما فيصرف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقف المسجد والرباط والبئر والحوض إلى أقرب مسجد أو رباط أو حوض إليه، لكن المفتى به في تأييد المسجد قول أبي يوسف وهو أنه لا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر، وإذا خرب المسجد يبقى مسجدا أبدا[2].

وإذا كان الوقف عقارا غير مسجد، فالمعتمد أنه يجوز للقاضي الاستبدال به للضرورة بلا شرط الواقف، بشروط ذكرها الفقهاء ليس هذا موضعه.

ومن أمثلتها أيضا ثبوت الوقف بالضرورة، مثل أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا، أو لفلان وبعده للمساكين أبدا، فإن الدار تصير وقفا بالضرورة، كأنه قال: إذا مت فقد وقفت داري على كذا[3].

فكل ما ذكرنا من الأمثلة والتي ثبتت بالضرورة هي نفسها تسمى عند الفقهاء المعاصرين والقانونيين الظروف الطارئة، فعلى هذا للظروف الطارئة أثر كبير في حق الاستقرار إثباتا ونفيا وفسخا.

العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة وحق الاستقرار:

مما تقدم من القواعدوالأمثلة التي ذكرها الفقهاء يبدو أن العلاقة والرابطة بين نظرية الظروف الطارئة وحق الاستقرار واضحة، لأن لهذه النظرية أثر كبير في تغيير الأحكام الفقهية، حيث أن هذه النظرية تطبق في العقود التي يتراخى تنفيذ العقد فيها، أي التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث طارئ غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فإن هذه النظرية تنطبق على عقود

---

[1] الرباط: هو الذي يبنى للفقراء

[2] حاشية ابن عابدين ٣/ ٤٠٦ وما بعدها، فتح القدير ٥/ ٥٨.

[3] الفقه الإسلامي وأدلته ٨/ ٢٠١.

المـــدة ذات التنفيذ المستمر مثل عقد الإيجار وعقد الحكر وعقد الخلو وعقد المزارعة وكذلـــك ذات التنفيذ الدوري مثل عقد التوريد كما تنطبق على العقود الفورية التي يـــتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض الالتزامات العاقدين مثل عقد البيع المؤجل التنفيذ مثل بيع الثمار التي تبقى على رؤوس الشجر ليستوفي الثمر طيبه[1].

ولا شـــك أن حـــق الاستقرار يدخل في العقود التي يكون الزمن فيها عنصرا جوهريا، والمدة مقصودة بذاتها ولذاتها، فهي ليست مجرد أجل اختياري مفرد أو متعدد كمـــا في البيع المؤجل فيه دفع الثمن أو البيع بالتقسيط فالزمن في عقود المدة هو جزء من الأداء نفسه ويمكن أن يقال دون أن يختلف المعنى سنة من الانتفاع أو الانتفاع لمدة ســـنة فالمدة هنا جزء من مضمون الأداء، والأداءات التي من هذا النوع لا تكون إلا مســـتمرة، فيجب أن تؤدي في كل لحظة طوال المدة المتفق عليها دون انقطاع، وإذا كانت الاداءات كذلك كانت العقود المنشئة لها هي الأخرة مستمرة.

أمـــا الالـــتزامات الناشئة من هذه العقود فأسبابها ومحالها مشربة بالمدة ومن ثم كانت المدة عنصرا (سببيا) و (موضوعيا) أي من حيث سبب الالتزام وموضوع، محله وعـــلى هـــذا لا يجوز للدائن ولا للمدين أن يطالبا بتعجيل التنفيذ أو تأجيله دون أن يترتـــب عـــلى ذلك أن يغير محل وسبب الالتزام الأصلي نقصا أو زيادة، فمثلا عقد الإيجار والحكر لا يمكن أن يقوما بوظيفتهما الاقتصادية إلا إذا امتد التنفيذ في الزمان، فـــتأجير مترل أو تحكيره لمدة سنة معناه تقديم منافع هذا المترل في كل لحظة ابتداء من أول لحظـــة إلى آخر لحظة في تلك السنة، ومن ثم لا يمكن اجمال منعفة تلك السنة في ســـتة أشهر ولا مدها إلى ما وراء الاثني عشر شهرا دون أن يصبح الالتزام في الأولى شيئا آخر غير الالتزام الأصلي.

---

[1] نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون لفاضل شاكر النعيمي ص ٥١

هـــذا مـــن ناحية ومن ناحية أخرى فالانتفاع من عقد الإيجار يتناسب تناسبا طـــرديا مع المدة يزيد بزيادها وينقص بنقصها، ولما كان هذا الالتزام في عقد الإيجار والحكـــر مرتـــبطا بالمدة غاية الارتباط كان له بنفس خصائص المدة، ولما كان الزمن يسيرا سيرا متصلا ويجب أن يصاحبه الاداء خطوة بخطوة، فإذا توقف الأداء ولو لفترة قصـــيرة فـــإن الزمن يفترق عن الأداء في حدود هذه الفترة ويتابع سيره وحده تاركا وراءه عدم تنفيذ نهائي بقدر توقف الأداء.

ويقـــابل الالـــتزام المؤجـــر بتمكين المستأجر من الانتفاع تمكينا متصلا، التزام المستأجر بأن يدفع في المواعيد المحددة ثمن هذا الانتفاع[1]

هـــذا وقـــد ذكر الفقهاء أن عقد الإيجار ينفسخ بالأعذار، وقد أجازه الحنفية فقالوا: تفسخ الإجارة بالأعذار، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، والعذر، هو كل ما يكون أمرا عارضا، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ[2]

وقـــد قلـــنا أن حق الاستقرار يرد في الإيجار لأن الحكر في الحقيقة هو إيجار الوقف، والإجـــارة الطويلـــة، وعقد الإجارتين، كذلك من الإجارات، والخلو أيضا نوع من الإجارات، وكل هذه الأنواع من الإجارات تفسخ بالعذر عند القائلين بفسخ الإجارة بـــالأعذار، وقد جاء في البدائع أن العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانـــب المؤجر وقد يكون في جانب المستأجر (بفتح الجيم)[3] وبناء على هذا فالأعذار ثلاثة أنواع:

---

[1] عقد المدة: للدكتور عبد الحي حجازي ص ٣٢.

[2] راجع المبسوط للسرخسي ١٦/ ٢، مختصر الطحاوي ص ١٣٠، البدائع ٤/ ١٩٧، الفتاوى الهندية ٤/ ١٩٨، تبيين الحقائق ٥/ ١٤٥، رد المحتار ٥/ ٥٥.

[3] البدائع ٤/ ١٩٧.

أ – عذر من جانب المستأجر: كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى،كانتقاله من الصناعة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، لأن المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلا.

ومثله السفر أي انتقال المستأجر عن البلد التي يستأجر فيها عقارا، لأن في إبقاء العقد مع السفر ضررا به.

ويترتب على هذا أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو جسمه، فله فسخ الإجارة، كما إذا استأجر شخص رجلا لتنظيف ثياب، أو خياطتها، أو دارا له، أو ليقطع شجرا، أو ليزرع أرضا، أو ليحدث في ملكه شيئا من بناء أو حفر، أو ليحتجم أو ليعالج المرض أو يقلع الضرس، وما أشبه هذا، ثم بدا له ألا يفعل، فله فسخ الإجارة، ولا يجبر على شيئ مما ذكر، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه، فبقي الفعل ضررا في نفسه، ومثله أن يكري شخص دكانا لغيره يتجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق، فله فسخ الإجارة.

ب – عذر من جانب المؤجر: كأن يلحقه دين فادح لا يجد طريقا لوفائه إلا ببيع الشيئ المأجور وأدائه من ثمنه، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو الإقرار، ومثل أن يشتري المؤجر شيئا ثم يؤجره، ثم يطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب، ويعتبر مرض الحمال والجمال، بحيث يضره الحمل عذرا في رأي أبي يوسف، لأن غير الحمال أو الجمال لا يقوم مقامهما على الدابة أو الإبل إلا بضرر، والضرر لا يستحق بالعقد.

ج – عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيئ المأجور، كأن يستأجر شخص حماما في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر.

ومثل استئجار مرضع لإرضاع طفل، ثم يأبى الصبي لبنها، أو إمساك الثدي، أو تمرض هي، أو يريد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذرا في فسخ حق الاستقرار[1].

ومثل ما قاله الحنفية قال الظاهرية أيضا وقد جاء في المحلى لابن حزم: " وإن اضطر المستأجر أو (المحتكر) إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤجر إلى ذلك فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما كمرض مانع أو خوف مانع أو غير ذلك لقوله تعالى: " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" وقوله تعالى" ما جعل عليكم في الدين من حرج"[2]

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بما ينفسخ به العقود اللازمة، من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة[3].

وتطبيقات ذلك في هذا المذهب على النحو الأتي:

قال المالكية: تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، وتنفسخ الإجارة إذا حملت الظئر، لأن حملها مظنة لإضرار الولد بلبنها، والخوف عليه منه، وإذا انقطع الماء عن الرحى المستأجرة، فسخت الإجارة للعذر، وإن استأجر دابة فمرضت، كان هذا عذرا للفسخ، وإذا اكترى الرجل الأرض، فغاصت بماء منعه من زرعها، فلا كراء عليه، وإذا أكريت أرض المطر، فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها المستأجر فلم ينبت الزرع بسبب القحط ينفسخ الكراء.[4]

---

[1] المصادر نفسها وراجع أيضا تكملة فتح القدير ٧/ ٢٢٢.

[2] سورة الحج الآية ٧٨. وانظر المحلى ٨/ ١٨٧.

[3] انظر بداية المجتهد ٢/ ٢٢٧، الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٥، المهذب ١/ ٤٠٥، المغني ٥/ ٤١٨ وما بعدها الميزان ٢/ ٩٤.

[4] انظر الحطاب ٥/ ٤٣٢- ٤٣٣

وقـــال الشافعية: تنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه، أو كان هناك عيـــب تنـــتقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي، كما لو اســـتأجر شـــخص دارا فوجدها منهدمة مثلا لا تصلح للسكنى، أو انهدمت بعد العقد، أو مرضت الدابة المأجورة، أو كانت جموحا أو نفورا أو عضوضا أو تعثر ظهـــرها في المشـــي أو أصابها العرج الذي يتأخر بها عن القافلة أو كانت ضعيفة البصر، أو مصابة بمرض الجذام أو البرص.

أو انهـــدم حائط في الدار، أو انقطع ماء البئر والعين، أو تغير الماء الذي يمتنع به الشرب، أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة.[1]

وقال الحنابلة: تنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة من العين المأجورة بفعل صدر منها مثل أن تشرد الدابة، أو تنهدم الدار، أو تغرق الأرض، أو ينقطع ماءها ولا يمكن الانتفاع بها أصلا بشئ.

وإذا حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر الـــبلد، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، فيجوز للمستأجر فسخ العقد.

قال ابن قدامة: وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به، فله فسخ العقد بغـــير خـــلاف نعلمه، قال ابن المنذر: إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضـــا أو نفورا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها، فللمكتري الخيار، إن شاء ردها وفسخ الإجارة، وإن شاء أخذها.

والعيب الذي يرد به، ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وربض البهيمة بالحمل، وكونها جموحة أو عضوضة، أو

---

[1] المهذب ١/ ٤٠٥.

أشـــباه ذلك مما ذكر عند الشافعية، وفي المكتري للخدمة: ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار، الهدام الحائط والخوف من سقوطها، وانقطاع الماء من بئرها، أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه هذا من النقائص.

ومتى حدث شيئ من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئا فشيئا.[1]

تبين من هذا أن جمهور الفقهاء وإن لم يقولوا بنظرية العذر وقالوا إن عقد الإجارة عقد لازم، فهم يرون فسخ العقد بما تنفسخ به العقود اللازمة، فكل هذه الأشياء التي ذكروها لها تأثير في فسخ حق الاستقرار.

مذهب الزيدية:

يـــرى الزيدية أن فسخ الإجارة بالأعذار جائز غير أنه يجب أن يكون في مواجهة العـــاقد الآخـــر أو يعلمه به بكتاب أو برسول وإنما تنفسخ بالعذر الذي يزول معه الغرض من عقدها سواء أكان من جهة المستأجر أم من جهة العين المستأجرة مثل أن يفلس المستأجر أو المحكر قبل تسليم الأجرة أو ماطل في دفع الأجرة الواجبة الأداء، أو اســـتأجر دارا وعرض له مانع من الإقامة فيها أو حانوتا ليتجر فيه فمنعه افلاس من التجارة أو أضرب عن عمارة الأرض التي استأجرها للبناء عليها أو أضرب عن الزرع وقـــد استأجر له الأرض سواء أكان الإضراب لعذر أو لغير عذر فهذه الأعذار كلها يزول معها الغرض من عقد الإجارة "والحكر والخلو" ولابد في الفسخ بناء عليها من تراضي العاقدين أو حكم القاضي بذلك وإنما يعتبر العذر في حق المستأجر لا في حق المؤجر ولا يكون العدول عذرا إلا إذا كان عدولا تاما لا رجوع فيه.[2]

---

[1] المغني ٥/ ٤١٨.

[2] التاج المذهب ٣/ ١١٨.

مذهب الإمامية:

جاء في تحرير الأحكام: والإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بالتقابل أو بأحد الأسباب الموجبة للفسخ ولا ينفسخ بالعذر فلو استأجر حانوتا للتجارة فاحترق وتلف ماله لم يكن له حق الفسخ أو استأجر دارا للسكنى ثم بدا له أن يسافر لم يكن له فسخ الإجارة قبل انقضاء المدة.[1]

بناء على هذا فمذهب الزيدية قريب من مذهب الحنفية فهم يرون فسخ الإجارة والحكر بالعذر الذي يقع في جانب المستأجر دون المؤجر، وأما مذهب الإمامية فهو مع الجمهور لا يرون فسخ عقد الإيجار بالعذر، وقد أوردت موسوعة الفقه الإسلامي المعروفة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية هذه المسألة تحت عنوان طروء العذر، وأوردها ابن رشد تحت عنوان النظر في أحكام الطوارئ[2]، وهذا يدل على أن الفقهاء رحمهم الله أيضا استعملوا هذه الكلمة في بعض مؤلفاتهم، فهو دليل على عنايتهم بجميع المسائل التي يواجهها الناس، وأنهم قد قاموا بحل كل يرد من المسائل التي واجهتهم، والتي يمكن أن نقيس المستحدثات عليها.

والخلاصة أن الفقه الإسلامي لم يبحث نظرية الظروف الطارئة كنظرية بحثا مستقلا ولم يشيد لها نظرية متماسكة الأطراف ولكنه عالجها في المسائل والجزئيات ووضع لها حلولا عملية يمكن أن يصاغ منها نظرية يسودها منطق قانوني سليم.

ولم يضع الفقهاء نظرية يرجع إليها لتبرير التعارض مع القوة الملزمة للعقد مادامت مقتضيات العدالة هي التي تسود دائما وهي التي تبرر هذا الاستثناء من تنفيذ الالتزام

---

[1] تحرير الأحكام ١/ ٢٣١.

[2] موسوعة الفقه الإسلامي ٢/ ٣٢٠ وما بعدها بداية المجتهد ٢/ ٢٧٥.

هــذا مــن جهة ومن جهة ثانية فإن طابع الفقه الإسلامي طابع موضوعي فهو يعالج المسائل مسألة مسألة وضع لها حلولا عملية عادلة.

وأن الفقــه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن القوة الملزمة للعقــد فــيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولا على مقتضــيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والاشادة بسلطان إرادة المــتعاقدين والتخفيف كان بسبب تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي، وعند صياغة النظرية من حلول المسائل العملية والتطبيقات الفقهية ستقيد بالاصطلاحات.

ويمكن صياغة النظرية في الفقه الإسلامي على اختلاف في السعة والتطبيق في آراء المذاهب الفقهية بما يلي:

١- في العقــود المســتمرة التنفيذ وخير مثال عليها عقد الإيجار، وعقد الحكر، والخلــو، إذا حدث طارئ قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه، وكان من شأنه أن يسبب عجز العاقدعن المضي في موجب العقد أو باستيفاء المعقود عليه إلا بضــرر لم يســتحقه بالعقد سواء أصاب الضرر "نفسه أو ماله" فله أن يفسخ العقد بالعذر.

٢- في العقــود الفورية المؤجلة التنفيذ وخير مثال عليها بيع الثمار والبقول التي أبقيــت على رؤوس الشجر حتى تستوفي طيبها إذا أصابتها جائحة سبب اتلاف الثمرة:

وضع عن المشتري من الثمن بقدر التلف الذي سببه الجائحة.

٣- إذا حصل تغير في سعر النقود أو صدر أمر سلطاني بتغير سعر بعضها فينظر في تلــك النقود التي رخصت ويدفع من أوسطها نقصا لا الأقل ولا الأكثر

كيلا يتناهى الضرر على البائع أو على المشتري وهذا يسمى "الصلح على الأوسط".

ويظهر أن أساس النظرية في الفقه الإسلامي هو رفع الضرر الذي يصيب المتعاقد إذا ما نفذ التزامه بسبب الظرف الطارئ غير المتوقع عند التعاقد، أي ضرر كان أصاب النفس أم أصاب المال فهي أوسع نطاقا منها في القانون لأن الأخير يستند إلى الضرر الاقتصادي وإعادة توازنه بين المتعاقدين فقط، وهي على هذا الأساس تنتظم فيها في الفقه الإسلامي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومقياس النظرية في الفقه الإسلامي أكثر مرونة في القانون.[1]والله أعلم.

موقف القانون من الظروف الطارئة

وأما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة في القانون فإن هذه النظرية قد نشأت في نطاق القضاء الإداري، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة، وهي في أصلها تقوم على فكرة إسعاف المتعاقد المنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصاديا مما قد يجره إلى الهلاك، فهي إذن تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها[2].

ولقد ناقش الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي[3] رأي هؤلاء القائلين بأن هذه النظرية تقوم على أساس ضرورة التعادل الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية، وبين أن هذا القول لا يتفق مع أحكام القانون المدني المصري (والسوري أيضا) لأن هذا القانون لا يشترط التعادل الاقتصادي بين الاداءات المتقابلة في العقود

---

[1] جامع الفصولين ٤/ ١٢٨، ومرشد الحيران مادة ٤٣١، ونظرية الظروف الطارئة ص ٢٧٨

[2] نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٧٠، وما بعدها، الطبعة الأولى، نظرية الالتزام العامة للدكتور ماجد الحلواني ١/ ٢٦٦، مبادئ القانون الإداري للدكتور سليمان الطماوي ص: ١٢١.

[3] موجز النظرية العامة للالتزام ١/ ٢٢٥.

التبادلـــية، بدلـــيل أن دعوى البطلان بسبب الغبن ليس أساسها وجوب التعادل بين الاداءات المـــتقابلة، وإنمـــا هو استغلال أحد المتعاقدين الطيش البين أو الهوى الجامح الذي كان يسيطر على المتعاقد الآخر المغبون.

ونـــاقش أيضـــا أساســـا آخر يمكن أن تقوم عليه النظرية وهو النية المفترضة عند المـــتعاقدين في أن يعلقوا تنفيذ العقد على استمرار الحالة الواقعية التي كانت وقال إن هـــذا لا يصلح أساسا، وإلا وجب تطبيق الحكم المبني على الظرف الطارئ(وهو رد الالـــتزام المرهق إلى الحد المعقول) عند وقوع أي صعوبة في التنفيذ، مع أن المطلوب لتطبـــيق حكـــم نظرية الظرف الطارئ وقوع حادثة ليست متوقعة فقط، بل تكون اســـتثنائية عامة كوقوع حرب يترتب على حدوثها أن يصير. تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة.

وأخيرا ارتأى الدكتور حجازي أن يكون الأساس الذي قامت عليه نظرية الطوارئ غير المتوقعة هو العدالة.

النصوص القانونية في نظرية الظروف الطارئة:

نص القانون المدني المصري في المادة ١٤٧/ ١ على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

وجـــاءت الفقـــرة الثانية من هذه المادة فقررت: " ومع ذلك إذا طرأت حوادث اســـتثنائية عامـــة لم يكـــن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الـــتعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فهـــذا يدلـــنا على أنه وإن كان الأصل العام في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شـــريعة المتعاقدين أو المتعاقد عبد تعاقده، وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد، فإن وجود الظرف الطارئ يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يشترط لتطبيق هذه النظرية شروط أربعة[1] وهي على النحو التالي:

١- أن تحـــدث حادثـــة استثنائية غير عادية وعامة وليس في الوسع توقعها[2].

مـــثل حالـــة نشوب حرب، أو زلزال أو إضراب مفاجئ، أو وباء أو استيلاء إداري وهذا الشرط يؤكد أن أساس هذه النظرية هي العدالة.

٢- أن يكون العقد الذي يطبق بشأنه هذه النظرية عقدا مرجأ التنفيذ بأن كان عقدا مستمرا (أي عقد مدة) أو عقدا فوريا مؤجل التنفيذ، مثل عقد عمل أو إجارة أو توريد سلعة من السلع.

٣- ألا يكـــون العقـــد احتماليا بطبيعته أو بالاتفاق، لأن من يعقد عقدا احتماليا يجب عليه أن يتوقع كل الحوادث حتى الاستثنائية منها التي يحتمل أن تؤثر في مدى التزاماته.

والمقصـــود بالعقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم، أو مقدار الاحتمال الذي يستهدف له كل من المتعاقدين، ولا يســـتبين هـــذا إلا فيما بعد وفقا لمجرى الحوادث، مثل بيع الأشياء المستقبلة كبيع الـــثمار قـــبل انعقادها، والزرع قبل نباته بثمن جزاف، وعقد المرتب مدى الحياة المعقود على سبيل المعاوضة، وعقد التأمين وعقد الرهان وعقد النصيب.

---

[1] راجع نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٧٠، حجازي ١/ ٢٢٨ وما بعدها، حلواني ١/ ٢٧٢.

[2] يلاحظ أن اشتراط كون الحادث استثنائيا يغني عنه اشتراط كونه غير متوقع الحصول، لأن الحادث الذي لا يمكن توقعه لا يكون عاديا، أي لابد أن يكون استثنائيا.

٤-أن يكون الحادث مؤثرا على العقد بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة، ومن ثم لا يلزم أن يصبح التنفيذ مستحيلا، إذ أن الاستحالة تقضي على الالتزام، هذا عائد لبحث القوة القاهرة، وإنما نحن هنا بصدد التزام لا يزال تنفيذه ممكنا ولو أنه مرهق، وفرق بين استحالة التنفيذ، وبين التنفيذ المرهق، فاستحالة التنفيذ تؤدي إلى القضاء على العقد، وبهذا يتحمل أحد المتعاقدين دون الآخر تبعة الأستحالة، أما التنفيذ المرهق فيؤدي إلى تعديل الالتزام برده إلى الحد المعقول، وبهذا يتوزع الإرهاق على الطرفين.

أثر الإرهاق الطارئ:

إن أثر الظرف الطارئ غير المتوقع هو تخويل القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، فإذا كان العقد ملزما للجانبين إما أن ينقص الأداء المرهق أو يزداد الأداء المقابل، وأما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالقرض أو تعهد النقل فلا سبيل إلا بنقص الأداء المرهق أو تعديل طريقة تنفيذه، ثم يخير الدائن بعدئذ في أن يقبل التعديل الذي حدده القاضي، أو أن يطلب فسخ العقد.

وسلطة القاضي في هذا الشأن تنحصر في تعديل شروط العقد، فليس له أن يفسخ العقد، أو يعفي المدين من التزامه[1].

الأعذار الطارئة في القانون مما يتعلق بحق الاستقرار:

قضت المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري بأنه: " ١-إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمور أو أثناء

---

[1] نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٧١، حجازي ص ٢٣٣، حلواني ص ٢٧٣.

ســـريانه مرهقا على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا.

٢- فـــإذا كـــان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف"[١].

تطبيقات تشريعية لإنهاء الإيجار بالعذر:

أ – مـــوت المستأجر: المادة ٦٠١ –٦٠٢ من القانون المدني المصري: تقضي المـــادة ٦٠١ بأن "١- لا ينقضي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر". ٢- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب مـــوت مورثهـــم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجـــار مجـــاوزا حـــدود حاجتهم وفي هذه الحالة يجب أن تراعي مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر".

وتقضـــي المادة ٦٠٢ من القانون المدني المصري بأنه: " إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد"[٢].

فالأصـــل أن موت المستأجر أو المؤجر لا ينهي العقد، بل ينتقل إلى ورثة كل مـــنهما، وإذا كـــان الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر فإنه ينتهي بموت المستأجر في حالتين:

---

١ موسوعة القضاء والفقه ٨٢/١٥.

٢ المصدر نفسه ١٥/ ٨٤.

١- إذا لم يعقد الإيجار إلا لحرفة المستأجر أو مراعاة لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه كتأجير مكان ليكون مكتبا لمحام أو مرسما لفنان فإذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد قبل انتهاء مدته، ويجوز للمؤجر إذا كان لم يؤجر العين إلا مراعاة لاعتبارات في شخص المستأجر كما في الزراعة، أن ينهي الإيجار باعلان يوجهه لورثة المستأجر وبعد إعطائهم مهلة معقولة، ويجوز ذلك لورثة المستأجر أيضا إذا لم تتوافر فيهم المهارة المطلوبة لمباشرة العمل الذي كان يقوم به مورثهم.

٢- إذا لم يلحظ في العقد لا حرفة المستأجر ولا اعتبار شخصي ومع ذلك أثبت ورثة المستأجر بعد موته أن الإيجار مرهق لهم أو أنه مجاوز لحدود حاجتهم كما إذا كان المورث قد استأجر مترلا بأجرة كبيرة ثم مات ولم تبق للورثة حاجة للمترل ولا طاقة بدفع أجرته الكبيرة بعد أن انقطع عنهم كسب مورثهم فيجوز للورثة أن يطلبوا إنهاء العقد بشرطين: أولهما أن يطلبوا ذلك من المؤجر في ظرف ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر، والثاني أن ينبهوا على المؤجر بالإخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣.

تغيير الموظف أو المستخدم لمحل إقامته:

يقضي نص المادة ٦٠٩ من القانون المدني بأنه " يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار

معـــين المدة على أن يراعي المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك".[١]

حاجة المؤجر إلى العين:

الأصل أن حاجة المؤجر إلى العين ليست عذرا طارئا يبيح إنهاء الإيجار قبل نهاية مدتـــه ذلـــك أنه لما كان الإيجار عقدا فهو شرعية المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين:

ولذلك أورد المشرع نص المادة ٦٠٧ من القانون المدني التي تقضي بأنه: " إذا اتفـــق عـــلى أن يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستأجر بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مالم يقض الاتفاق بغير ذلك.

المقارنة

إن العدالة في الإسلام، وإن لم تكن نظرية مستقلة عن الأحكام الشرعية، إلا أنها تعتبر مبدأ ملازما للأحكام ومن صميم التطبيق للأحكام الشرعية[٢].

وعلى هذا فإن منهجية الفقهاء المسلمين في بحث القضايا الجزئية تباعا لم يمنعهم مـــن ملاحظة مبدأ العدالة في المعاملات والعقود إذ أن حرص الإسلام على توفر مبدأ التراضي في العقود وتشريعه الخيارات للحفاظ على مبدأ التوازن العقدي بقدر الإمكـــان، دليل على التزام صفة العدالة والاعتداد بها عند إنشاء العقد وفي حالة استمراره.

---

١ المصدر نفسه ١٥/ ٨٦ –٨٧.

٢ انظر مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي ص ١.

وكـــون فقهاء الإسلام لم يصوغوا نظرية مماثلة لنظرية الظروف الطارئة المبنية عـــلى أساس العدالة كما عرفنا، لا يعني أنهم لم يراعوا شأن الحوادث الطارئة، بل إنهـــم في الواقـــع عرفوا تطبيقات هذه النظرية، والعبرة للتطبيق لا للمنهج، وذلك يظهـــر بوجه أخص في مسألتين هما: فسخ عقد الإيجار بالأعذار، وإنقاص الثمن بســبب الجوائـــح[1] في بيع الثمار[2]. فقد قرره فقهاء المالكية والحنابلة[3]، لأن النبي صلى الله عليه وسلم "وضع الجوائح"أو "أمر بوضع الجوائح"وفي رواية: "إن بعت مـــن أخـــيك تمرا فأصابتها جائحة، فلا تحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"[4].

ومحـــل الجوائـــح هي الثمار والبقول، فأما الثمار فلا خلاف فيها، وأما البقول ففيها خلاف والأشهر فيها الجائحة، وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل وهو الثمر[5].

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها، ويتسلمها المشتري وهي لا تزال قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدريج بمجرد نضوجها، ومذهب مالك يجيز بيع الثمار إذا تلاحقت آحادها، فيباع ما ظهر منها وما لم يظهر، فإذا كـــان المشتري قد تسلم الثمار وهلكت بجائحة كلها أو بعضها بعد التسليم وإن

---

[1] الجوائح هي الآفات التي تصيب الثمار فتهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزرع ونحوها من الآفات السماوية .

[2] راجع نظرية العقد للدكتور السنهوري ١/ ٩٦٩، مصادر الحق له أيضا ٦/ ٩٦ وما بعدها، نظرية الالتزام العامة للدكتور الحلواني ١/ ٢٦٧.

[3] بداية المجتهد ١٨٤/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٦٢، والمنتقى على الموطأ ٢٣١/٤. والمغني ١٠٤/٤.

[4] الحديث الأول رواه أحمد والنسائي وأبوداود عن جابر، والأمر بوضع الجوائح رواية مسلم، والرواية الثالثة عند مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه (انظر نيل الأوطار ٥/ ١٧٨، موطأ مالك ٣/ ١٢٦، سنن أبي داود ٢٤٨/٢).

[5] بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٤٥.

كانـــت لا تـــزال قائمة على الشجر، فهلاكها على المشتري كما تقضي القاعدة العامـــة، وبهـــذا يقول المذهب الحنفي والمذهب الشافعي، وأما المالكية والحنابلة[1] فيذهـــبون إلى أنه بالرغم من أن المشتري قد تسلم الثمار، فإنها لا تزال قائمة على الشجر، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع، لأن طبيعة البيع تقتضي ذلك فلا يزال البائع مسئولا عن سلامة الثمار وريها ما دامت لا تزال قائمة على الشجر، وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة، فبناء على هذا ينفسخ مثل هـــذا العقد عند بعض الفقهاء ولا ينفسخ عند البعض الآخر كما لا ينفسخ عند فقهـــاء القـــانون أيضا وإنما يرد إلى الحد المعقول، وقد وضح الدكتور السنهوري الأساس الذي يقوم عليه فسخ الإيجار بالعذر في الفقه والقانون ويظهر منه الأمور المـــتفق علـــيها بين الفقه والقانون والمختلف فيها حيث قال:"يظهر والله أعلم أن العذر هو أمر غير متوقع وقت الإيجار، وفي هذا يتفق مع الحادث الطارئ في الفقه الغـــربي، ولكنه بخلاف الحادث الطارئ، أمر ممكن الدفع، فمجرد طروء مصلحة لأحد العاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعذر، ثم إن العـــذر في الفقـــه الإســـلامي، كالعذر في الفقه الغربي، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل يجعله مرهقا فحسب، وجزاء العذرفي الفقه الغربي هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه، أما الحادث الطارئ في الفقه الغربي فجزاؤه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

والفكـــرة الـــتي يقـــوم عليها العذر في الفقه الحنفي ليست هي طروء الحادث واستحالة دفعه، بل هي تحمل العاقد ضررا لم يلتزمه بعقد الإيجار، فحيث يعجز

[1] راجع بداية المجتهد ٢/ ١٥٥، والمدونة الكبرى ١٢/ ٢٥، والمغني ٤/ ٢١٦، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ٦/ ١٠٤.

العـــاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه، أي لم يدخل في حسابه وقت الإيجار، فإنه لا يجبر على المضي في العقد ويكون له أن يفسخ الإيجار للعذر.

ومما يسر قبول العذر بهذا المعنى الواسع المرن في عقد الإيجار أن هذا العقد ينعقد عـــلى المـــنافع شيئا فشيئا، فلكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد، والمنافع في الإيجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا،فكان اعتراض العذر فيها بمترلة عيب حـــدث قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ[1]

ويلاحـــظ أيضـــا أن الفقـــه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ أكثر من القـــانون، ففي الفقهين يعتبر الحادث الطارئ أمرا غير متوقع، ولكنه في القانون لابد من أن يكون الحادث استثنائيا عاما مثل الزلزال والحرب هذا بوجه عام وأما ما بتعلق بعقد الإيجار والحكر فلم يراع القانون المدني المصري هذا الشرط لأننا ذكرنا من قبل أن القـــانون المـــدني المصـــري أخذ أحكام الحكر وأغلب أحكام الإجارة من الفقه الإســـلامي، وأمـــا في الفقه الإسلامي فيكفي لتحقق العذر كونه ضارا بمصلحة أحد العاقدين.

ويشـــترك الفقه مع القانون في أن العذر الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا وإنما يكفي أن يكون مرهقا.

ويخـــتلف الفقه عن القانون في أثر الحادث الطارئ فهو في القانون رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يجوز فسخ العقد، وأما في الفقه الإسلامي فهو إمكان فسخ العقد، وإذا كان المقصود هو دفع الضرر وتحقيق العدالة فلا مانع في تقديري من الأخذ بوجهة النظر القانونية في هذا الشأن.

---

[1] مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ٦/ ٩٥.

والجديـــر بالذكـــر أن التقنين المدني قد اقتبس أحكام بعض أنواع الإيجار، والحكر، وبعض أحكام إجارة المنافع من الفقه الإسلامي وقد أشار الدكتور وهبة الزحيلي إلى هـــذا حيـــث قال:" ورد النص على إيجار الأراضي الزراعية في المواد التالية (٤٧٧- ٥٨٥) حدد فيها التزامات المؤجر بتسليم أدوات الزراعة لإقامة المباني والتزام المستأجر لاســتغلال الأرض طبقا لمقتضيات الاستغلال المألوف، وبالقيام بإجراءات الإصلاح الـــتي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة وتحديد مدة الإيجار بالدورة الزراعية الســـنوية وبقاء المستأجر في العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار بسبب قاهر حتى تنضج الغلة بالأجر المناسب، وهذا النوع من العقود إجارة بالنقود في الذمة أو معينة.

وهـــي أحكام مقررة في الفقه الإسلامي وقد ورد النص على بعضها في المجلة نصت المـــادة (٥٢٤) مجلـــة على ضرورة تعيين نوع الزرع (من استأجر أرضا و لم يعين ما يـــزرعه فـــيها و لم يعمم على أن يزرع ما شاء، فإجارته فاسدة، ولكن لو عين قبل الفسخ، ورضي الآخر تنقلب إلى الصحة).

ونصـــت المادة (٥٢٥) على الدورة الزراعية: (من احتكر أرضا على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها مكررا في ظرف السنة صيفيا وشتائيا).

ونصـــت المادة ٥٢٦ على بقاء المحتكر في الأرض بعد انتهاء العقد:" لو انقضت مدة الحكـــر قـــبل إدراك الزرع فللمحتكر أن يبقي الزرع في الأرض إلى إدراكه، ويعطي أجرة المثل[1].

نصت المادة (٥٨٣) مدني على أن هلاك الزرع يسوغ طلب إسقاط الأجرة:

"إذا بـــذر المحـــتكر الأرض، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمحتكر أن يطلب إسقاط الأجرة.

---

[1] الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٣١٩-٣٢٠.

أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمحتكر أن يطلب إنقاص الأجرة.

وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عـاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من أي طريق آخر.

وهـذا الـنص تطبيق لأثر القوة القاهرة (الآفة السماوية) المبني على نظرية الضرورة الشـرعية والذي يترتب عليه سقوط الالتزام بدفع المقابل (الأجرة أو الثمن) إذا تلف الشـيئ المعقود عليه، قال الحنفية: إذا انقطع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلا يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة[1].

وورد الـنص في غرس الأشجار في العين المؤجرة في المادة (٥٥٩) مستمدا من الفقه الإسلامي، وقد تضمنت الفقرة الأولى إلزام المؤجر نفقة ما ترتب على البناء أو الغرس من تحسينات إذا حدث ذلك بموافقة المؤجر، وتضمنت الفقرة الثانية مايلي:

إذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون موافقة المؤجر، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة، إن كان للتعويض مقتض.

وهذا الحكم مقتبس من الفقه الإسلامي، فقد ألزم الحنفية المستأجر بعد انقضاء مدة الإيجار بقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة[2].

وجاء في المادة (٥٣١) من المجلة ما يؤيده: "لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غـرس شجرة، فالآجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء والشجر،

---

[1] راجع نظرية الضمان ص ١٦٤، وكتاب نظرية الضرورة الشرعية ص ٣٢٨.

[2] اللباب في شرح الكتاب للميداني ٢/ ٩٠.

وإن شاء أبقاهما، وأعطى قيمتهما كثيرة أو قليلة" ونصت المادة (٥٣٢) بعدها على ضمان الضرر:" إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير عنهما على المستأجر".

انتهاء الإيجار للعذر:

أخذ المشرع المدني عن الفقه الإسلامي فكرة فسخ الإيجار للعذر، فنص في المادة ٥٧٥ على أنه:

١- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر، أو في أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (٥٣١) وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا.

وهذا النص يشير إلى عذر خاص بالمستأجر، أو المؤجر، يجيز طلب فسخ الإيجار بسبب العذر بشرطين:

أ- أن تكون الإجارة معينة المدة، فإن لم تكن معينة جاز لأي طرف إنهاؤها قبل نهاية أي فترة دفعت أجرتها.

ب- أن يطرأ ظرف خطير من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقا لأحد الطرفين كأن يترك المحامي الذي استأجر مكتب مهنته لمرض أو منع قانوني من ممارسة المهنة أو تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل القيام ببناء التزم المؤجر بإقامته مرهقا له.

وقد عرفنا سابقا أن الحنفية أجازوا فسخ الإجارة بالأعذار، وإن وقعت الإجارة صحيحة لازمة[1].

---

[1] تحفة الفقهاء ٢/ ٥٣٣، والفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٣٢٣.

الحكر:

نــص القــانون المدني في المواد (٥٩٥- ٦٠١) على أحكام الحكر مستمد من الفقه الإسلامي، ومن أخصها ما نصت عليه المادة (٥٩٨) "لا تصح الحكر بالغبن الفاحش إلا إذا كــان المحكــر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الحكر، فتجوز حكره بالغبن الفاحش في حق نفسه، لا في حق من يليه من المستحقين"

وقــد نصت المادة (٢٥٦) من المجلة على مبدأ الفسخ بسبب الغبن: " إذا وجد غبن فــاحش في البيع، و لم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغــبن وحــده في مــال اليتيم لا يصح البيع، والحكر وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم"[1]

---

[1] المصدر نفسه ٤/ ٣٢٤.

المبحث الثاني:

ماهية الظروف القاهرة والعلاقة بينها وبين حق الاستقرار

القوة القاهرة أو الظروف القاهرة عبارة عن أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين.

ويبدو من نصوص الفقه الإسلامي أن هناك ما يقابل القوة القاهرة في الفقه الإسلامي، ويطلق عليه في بعض النصوص عبارة (الآفة السماوية) وقد ذكرنا أن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى (بالجائحة)، وهو ضرب من ضروب الآفات السماوية.

والجائحة عند الفقهاء كل شيئ لا يستطاع دفعه لو علم به، كسماوي، كالبرد والحر، ومثل ذلك ريح السّموم، والثلج، والمطر، والجراد، والفئران والغبار، والنار ونحو ذلك.أو غير سماوي وجيش، وأما فعل السارق ففيه خلاف وهذا إذالم يعلم، أما إذا علم فإنه لا يكون جائحة على قول ابن القاسم وأكثر المالكية، لأنه يستطاع دفعه ويكون جائحة عند غيرهم.[1].

والجائحة نوعان:

أ- جائحة لا دخل لآدمي فيها.

ب- جائحة من قبل الآدمي كفعل السلطان والجيش، والسارق، على قول من جعل فعل الآدمي جائحة.

أما القسم الأول فلا خلاف بين الفقهاء في كونه جائحة وهو عند المالكية على ضربين:

---

[1] حاشية الدسوقي ٣/ ١٨٥.

جائحة من قبل الماء، وجائحة من قبل غير الماء، فأما الجائحة من قبل الماء، فإن كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواضحة، يوضع قليل ذلك وكثيره، سواء أكانت شرب مطر أم غيره، وكذلك قال ابن القاسم، ووجه ذلك أن هذه منفعة من شروط تمامهـــا السقي، فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها لمنفعة الأرض المكتراه، والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها، وهذه تنفك الثمرة من يسيرها، فالمشتري داخل على السلامة منها، و لم يدخل على سلامتها مـــن يسير العفن والأكل، وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يضع كثيره دون قليله[1] .

وأمـــا القســـم الثاني: وهو الجائحة التي تكون من الآدميين كالسرقة، ففيها الخلاف، مـــنهم من لم ير ذلك جائحة، لقوله صلى الله عليه وسلم "إذا منع الله الثمرة"[2] ومنهم من جعله جائحة لدخوله في حد الجائحة عندهم[3].

هـــذا بالنســـبة لتعريفها وأنواعها وأما التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإســـلامي للآفة السماوية وللجائحة هي: هلاك الشاة بآفة سماوية، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب أما الواحد فيمكن للراعي مقاومته، والحريق الغالب، وغـــرق السفينة وأمر السلطان، وسقوط الآنية بغير فعل المدين، وانزلاق الحيوان، والبرد، والقحط، والعفن، والعطش.

وأما ما يتعلق بحق الاستقرار من أثر الجائحة فقد ذكر الفقهاء عدة مسائل منها:

---

١ حاشية الدسوقي ٣/ ١٨٥ والمنتقى ٤/ ٢٣٣ ط الأولى

٢ أخرجه البخاري "الفتح ٤/ ٣٩٨" ومسلم ٣/ ١١٩٠ من حديث أنس.

٣ المنتقى ٤/ ٢٣٣ ، المهذب ١/ ٢٨٧.

لـو اكـتـرى أو احتكر أرضا للزراعة ففسد الزرع بجائحة فلا يحط شيئ من الأجـرة عـند الشافعية ولا شيئ على المؤجر فما قبضه من الأجرة عند الحنابلة، وصـرح الحنابلة أنه إن لم يكن المؤجر قبضها فله طلبها، لأنها تستقر بمضي المدة انتفع المستأجر أو لم ينتفع.

ولـو فسدت الأرض في أثناء مدة الإجارة أو الاحتكار بجائحة ثبت الرد عند الشـافعية فإن إجارة المستأجر الإجارة (أو الحكر) أجازهما بجميع الأجرة كما في البيع، وإن فسخ رجع بأجرة باقي المدة واستقرت أجرة ما استوفاه من المدة على الأصـح، ويـوزع المسمى على المدتين باعتبار القيمة لا باعتبار المدة، وجاء في كشاف القناع من كتب الحنابلة عن ابن تيمية في الأجوبة المصرية أنه لو استأجر بستانا أو أرضا وساقاه على الشجر بجزء من ألف جزء إذا أتلف الثمر بجراد ونحوه من الآفات السماوية فإنه يجب وضع الجائحة عن المستأجر صورة المشتري حقيقة فيحط عنه من العوض بقدر ما تلف من الثمرة سواء كان العقد فاسدا أو صحيحا لعمـوم حديـث جابر الذي ورد فيه الأمر بوضع الجوائح، أي لأنه شراء للثمرة حقيقة وإن كان في الصورة إجارة ومساقاة[1]

ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع تحمله ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهذا هو عين ما ورد في الفقه الغربي.

وهـناك أمثلة كثيرة لهذا المعنى في الفقه الإسلامي نذكر بعضا منها: " الأجير المشـترك إنما يضمن ما جنت يداه بشرائط ثلاثة: أحدها أن يكون في وسعه دفع

---

[1] الوجيز ١/ ٢٣٨ وكشاف القناع ٣/ ٢٨٦- ٢٨٧.

ذلك الفساد، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدمها، أو زلق الحمال إذا زحمه الناس وانكسر الدن، أو مات المختون من ذلك، لا يضمن"[1].

الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعامة، ومن هذا سمي مشتركا، والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له، عند أبي حنيفة، وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن"[2]

"استأجر جوالقا ليحمل فيه شيئا وأخذ الجوالق، فأخذه السلطان ليحمل له حملا فذهب الحمال واشتغل بما أمره به السلطان، فسرق الجوالق، فلو لم يجد الحمال بدا من أمر السلطان وخاف العقوبة بترك ذلك لم يضمن، لأنه مضطر فلا يجب الحفظ، ولو له بد من أن يشتغل بذلك الحمل، ضمن بترك الحفظ[3]".

فهذه الأمثلة وغيرها تدل على أن الفقه الإسلامي قد عالجت هذه الظروف وبينوا أحكام هذه المسائل واستعملوا عبارة الجائحة أو الآفة السماوية و لم يستعملوا عبارة القوة القاهرة لكونها حادثة وتبين أيضا أن لها علاقة بحق الاستقرار حيث أن عقد الإجارة الطويلة أو الحكر أو الخلو يتأثر بهذه الظروف وأن هذه العقود ينفسخ عند بعض الفقهاء بالشروط التي ذكروها، وفصل بعض الفقهاء القول فيها، بينما إذا كانت وقعت الجائحة أثناء الإجارة أو الحكر ثم أجاز المستأجر أو لم يجز وتقدم حكمها، فالخلاصة أن للظروف القاهرة أثر بالغ في عقود حق الاستقرار والله أعلم.

---

[1] مجمع الضمانات ص ٢٨.

[2] المصدر نفسه ص ٢٧

[3] المصدر نفسه ص ٢٣.

موقف القانون من القوة القاهرة

قلنا أن هذا المصطلح حادث لم يستعمله فقهاء المسلمين القدامى وإنما استعمله فقهاء القانون وذكروا أنه إذا طرأت حادثة قاهرة بعد انعقاد العقد صحيحا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فيبرأ المدين قانونا من تنفيذ التزامه بسبب الاستحالة، وقد نـص القانون المدني المصري[1] على حالة عدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة، فجاء فيه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض، لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه"[2].

شروط الظروف القاهرة:

يفهم من المادة السابقة ومما أوضحه الفقه والقضاء أنه يشترط لتحقق عدم التنفيذ بسبب القوة ا لقاهرة شروط ثلاثة:

١- أن تكون الواقعة التي يتمسك بها المدين لا يد له فيها أي أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ أجنبية عن المدين لا دخل له فيها.

٢- أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ مما لا يمكن توقعها عادة، ومعنى ذلك أن القوة القاهرة ذات طابع موضوعي، وأنه لا ينبغي تحديدها وفقا لما توقعه المدين فعلا.

٣- يجب أن تكون الاستحالة الناشئة عن الحادثة المانعة من تنفيذ الالـتزام اسـتحالة حقيقية، لا مجردة صعوبة في التنفيذ، ومن ثم لا يكفي

---

[1] انظر المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري.

[2] نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ص ٣٣٠، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥ه ١٩٨٥م مؤسسة الرسالة بيروت.

لـــتحقق القوة القاهرة أن يصبح التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحـــة، مثل الحرب، والعاصفة، الصاعقة، والثورة، الإضراب، والسرقة، وانفجار البركان وفيضان الأنهار وحدوث السيول، وانفجار آلات المصنع ونحو ذلك.

القوة القاهرة والحادث الفجائي:

ذكر الدكتور السنهوري عدة أراء لفقهاء القانون في هذا الصدد من غيرأن يبين أسماءهم فقال "يذهب بعض فقهاء القانون إلى التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، ولكنهم لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينها.

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الذي لا يمكن توقعه، فيكفي إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع، ولا يلزم اجتماع الخصيصتين، ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثا لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضا غير ممكن التوقع، ولأن الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثا لا غير ممكن التوقع فسب بل أيضا مستحيل الدفع، ولا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية.

ومـــن فقهـــاء القانون من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين، ولكن يميز في خصيصـــة اســـتحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي، ولكن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح، إذ الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب أن تكون استحالة مطلقة.

ومـــن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر، فيجعل كلا من القوة القاهرة والحـــادث الفجائي حادثا مستحيل الدفع غير ممكن التوقع، ولكن القوة القاهرة تكـــون حادثـــا خارجيا عن الشئ الذي تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال، والحـــادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشئ ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلـــة، ثم يجعـــل القـــوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسئولية، أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته، وهذا الرأي لا يجوز التســـليم به أيضا، لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به رابطة السببية".

بعـــد نقـــل هذه الأراء لفقهاء القانون ذكر أن "الصحيح هوأن القوة القاهرة والحـــادث الفجـــائي شيئ واحد، وإذا كان التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخـــر، فـــالقوة القاهـــرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع[1]"

وممـــا ينـــبغي الإشارة إليه أن المشرع المصري لم يفرق بين هذين اللفظين على الـــنحو الذي سار عليه الفقهاء الذين يرون أن القوة القاهرة أمر يأتي من الخارج، دون أن يكون متصلا بفعل المدين كحرب أو عاصفة، وأما الحادث الفجائي فهو يأتي من نشاط المدين كانفجار آلة أو حريق ونحوه[2]كما تقدم.

أثر تحقق القوة القاهرة:

يترتب على القوة القاهرة وقف تنفيذ الالتزام إذا كان المانع مؤقتا، واعفاء المدين من المسئولية أو التعويض وبراءته نهائيا من التزامه إذا كان المانع نهائيا.

---

[1] مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ٦/ ١٢٨-١٢٩.

[2] راجع نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٦٣ وما بعدها، مصادر الحق للسنهوري أيضا ٦/ ١٣٩ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي ١/ ٣٤٥.

وأما بالنسبة للدائن فإنه يسقط التزامه تبعا لذلك، فلا يدفع للمدين شيئا في مقابل الالتزام المنقضي، وإن كان قد دفع، فله أن يسترد ما دفع، وهذا هو موضوع تحمل تبعة الهلاك، والقاعدة العامة في شأنها هي أن تبعة الهلاك تكون على المدين الذي استحال تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة، وأنه يترتب على ذلك أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه[1].

وهذه الأشياء تقع في حق الاستقرار أيضا قد يهلك العين المستأجرة بسبب القوة القاهرة فينفسخ العقد وأن ما دفعه من الأجرة سواء كان في الحكر، أو الإجارة الطويلة أو الخلو فله أن يسترد ما دفع، فللظروف القاهرة أثر في تنفيذ عقد القرار وفسخه.

وأما الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فهو كما يلي:

إن هذين الأمرين وإن كان كل منهما أمرا غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه، فإنهما يختلفان فيما يأتي:

١- إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاما وشاملا، أما القوة القاهرة فيمكن أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده.

٢- إن الحادث الطارئ يصبح فيه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما القوة القاهرة فيصبح فيه تنفيذ الالتزام مستحيلا.

٣- إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقا برده إلى الحد المعقول، أما أثر القوة القاهرة فهو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه[2].

---

[1] المصادر نفسها وانظر كذلك نظرية الالتزام العامة للدكتور حلواني ١/ ٢٩٤ وما بعدها.

[2] نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٧١، حجازي ١/ ٢٣٠، حلواني ١/٢٦٥.

المقارنة:

إذا كان العقد قابلا للفسخ بالحوادث الطارئة كما تقدم، فإنه ينفسخ من باب أولى إذا أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلا بسبب ما سمي بالقوة القاهرة عند فقهاء القانون، وأشار إليه فقهاء الإسلام.

ومن حالات القوة القاهرة عند القانونيين: حالة الآفة السماوية عند فقهاء الإسلام، والآفة السماوية: هي كل ما لا يمكن الاحتراز عنه، وليس الوسع توقعه، كهلاك الشئ بصاعقة أو فيضان أو الهدام أو سيل أو حريق أو غرق أو تعثر أو جراد أو مرض متلف للنبات بالحشرات أو لرداءة الطقس أو لشح المياه، ونحو ذلك[1].

ولقد قرر فقهاء الحنفية[2] أن البيع ينفسخ إذا هلك المبيع قبل أن يقبضه المشتري بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه كما لو قتل الحيوان نفسه، أما إذا هلك المبيع بفعل أجنبي (أي شخص ثالث غير العاقدين) فلا ينفسخ البيع بنفسه، وإنما يصبح المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، واتبع الجاني، أي المعتدي يطالبه بالضمان عن طريق القضاء حالة الإباء عن دفع التعويض اللازم.

وقال الشافعية[3]: إن تلف المبيع بآفة سماوية، انفسخ البيع، لتعذر قبض المبيع، وسقط الالتزام بدفع الثمن، قالوا: وفي معنى التلف: وقوع الدرة[4] ونحوها في البحر إذا لم يمكن اخراجها منه، وانفلات الصيد المتوحش والطير إذا لم يرج عوده، واختلاط مال متقوم كثوب أو شاة بغيره، ولم يمكن التمييز بينهما، وانقلاب العصير العنبي خمرا على الأصح، وإن عاد بعدئذ خلا، ولو هرب الحيوان أو ضل أو غصب قبل القبض من

---

[1] راجع مصادر الحق للسنهوري ٦/ ١٩١ وما بعدها.

[2] البدائع ٥/ ٢٣٨، حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٤.

[3] مغني المحتاج ٢/ ٦٦.

[4] الدرة: بكسر الدال العصاة التي يضرب بها.

المشـــتري، ثبـــت للمشتري الخيار بين امضاء البيع وفسخه، و لم ينفسخ البيع بنفسه لـــرجاء العود، ولو غرقت الأرض بالماء أو سقطت عليها صخرة أو ركبها رمل قبل قبضها، ثبت للمشتري الخيار، لأنه عيب، لا تلف.

وقـــال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة: يد الأجير المشترك (وهو الذي يعمل لعامـــة الـــناس أو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ ونحوهما) يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، لو بغير تعدّ أو تقصير وإهمال منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحو ذلك، فلا يضمن.

ولا شك أن القوة القاهرة لها أثر كبير في حق الاستقرار حيث ينفسخ بسببها العقد ويـــزول حـــق القرار، لأنه مادام ينفسخ بسبب الظروف الطارئة فإنه ينفسخ بالقوة القاهرة من باب أولى، ولكن العرف الجاري الآن في بلادنا أن من ملك حق القرار في الأرض أو الحوانيت يقوم المستأجر بإصلاحها، ولا ينفسخ العقد بل العقد يبقى كما كـــان، وإن كـــان في بعض الأماكن ينفسخ العقد ويقوم المالك بإصلاح المكان أو الحانوت، وقد قلنا أن العمل الجاري في بلادنا بالنسبة للخلو ليس متفقا بل قانون كل ولاية يختلف عن الأخرى، وذكرنا أن القانون لا يجيز الخلو في المجموع فمادام لا يقول بجوازه فلا مجال لتأثير القوة القاهرة والظروف الطارئة، فيبقى أثرها في الحكر والإجارة الطويلة، لأن القانون يجيز الحكر والإجارة الطويلة، وللقوة القاهرة أثر كبير في فسخ العقد وعدمه حيث يتفق الفقه والقانون بأنه ينفسخ عقد الإجارة والحكر بسبب القوة القاهرة. والله أعلم

خلاصة ما ورد في هذا الفصل

١- كلمة الظروف الطارئة كلمة حادثة لم يستعملها الفقهاء القدامى وإنما استعملوا لفظ الضرورة.

٢- الضرورة عبارة عن النازلة التي لا دفع لها.

٣- الحاجة هي ما يفتقر إليه من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدى إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب.

٤- الحاجة دون الضرورة، ومرتبتها أدنى منها ولا يتأتى بفقدها الهلاك.

٥- الحرج عبارة عن كل ما تسبب في الضيق سواء كان واقعا على البدن أم على النفس أم عليهما معا.

٦- العذر ينقسم إلى قسمين- عام وخاص.

أ- العذر العام هو الذي يتعرض له الشخص غالبا كفقد الماء للمسافر.

ب -العذر الخاص هو ما يطرأ للإنسان أحيانا كالانشغال بأمر عن أداء الصلاة.

٧- الصلة بين الضرورة والعذر — أن العذر نوع من المشقة المخففة للأحكام وهو أعم من الضرورة.

٨- الجائحة عبارة عن الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة.

٩- الإكراه عبارة عن حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به.

١٠- نظرية الظروف الطارئة نشأت في نطاق القضاء الإداري وتهدف إلى تحقيق العدالة في العقود.

١١- الأصل العام في القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين ومع ذلك فإن وجود الظروف الطارئة يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل.

١٢- العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة وحق الاستقرار أن عقد الإيجار ينفسخ بالأعذار، وحق الاستقرار، غالبا يثبت في نوع من الإجارة.

١٣- الظروف القاهرة أو القوة القاهرة عبارة عن أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

١٤- يترتب على القوة القاهرة وقف تنفيذ الالتزام إذا كان المانع مؤقتا وإعفاء المدين من المسئولية أو التعويض وبراءته نهائيا من التزامه إذا كان المانع نهائيا.

١٥- علاقتها بحق الاستقرار- أن العين المستأجرة لمدة طويلة قد يهلك بسبب القوة القاهرة فينفسخ العقد.

١٦- إذا دفع في الحكر أو الإجارة الطويلة أو الخلو وهلك العين المستأجرة بسبب القوة القاهرة فللمستأجر أن يسترد ما دفع.

الحقوق المشابهة لحق الاستقرار

هـــناك عـــدة من الحقوق تشابه حق الاستقرار فيجدر بنا أن نذكرها باختصار لكي يتضـــح الأمر للقارئ هل يأخذ تلك الحقوق حكم حق الاستقرار أم لا؟ وهي على النحو التالي:

١- حق الاختصاص: ومعنى هذا الحق من الناحية اللغوية: الانفراد بالشي دون الغير أو إفراد الشخص دون غيره بشئ ما.[١]

وفي الاصـــطلاح: عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات مثل مرافق الأسواق، والجلوس في المساجد.[٢]

وقـــد قسم ابن رجب الحقوق إلى خمسة أنواع كما تقدم في التمهيد من هذا الكتاب ومن هذه الخمسة حق الاختصاص وقال:" الرابع: حق الاختصاص، كمرافق الأسواق المتســـعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها، فالسابق إليها أحق بهـــا، وكمـــرافق الأمـــلاك كالطريق والأفنية ومسيل المياه ونحوها، فيثبت فيها حق الاختصاص[٣].

وحكم هذه الحقوق أنه يجوز للمنتفع بها إسقاط الحق فيها[٤]، وهذا بالنسبة لإسقاطها بعوض فإنه يرجع إلى قاعدة التفريق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، فمن ملك المنفعة ملـــك المعاوضـــة عليها، ومن ملك الانتفاع فقط فإنه يملك الإسقاط ولكن لا يجوز المعاوضة عليه، وهذا عند الجمهور[٥] المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلهم بعض القـــيود فـــإن الاعتياض عن المنافع لا يجوز إلا لمالك الرقبة والمنفعة، أو لمالك المنفعة بعوض، أما مالك المنفعة بدون عوض فلايجوز الاعتياض عنها، والمنافع عندهم ليست

---

١ راجع المصباح المنير ولسان العرب مادة "خصص".

٢ انظر الموسوعة الفقهية ١٨/ ١٠

٣ القواعد لابن رجب ص ٢٠٠ وما بعدها.

٤ المنثور ٣/ ٣٩٤، والدسوقي ٣/ ٤٣٤، والقواعد لابن رجب ص ١٩٩، ومنتهي الإرادات ٢/ ٤٦٤- ٤٦٥.

٥ منح الجليل ٣/ ٤٤٨- ٧٧١، ونهاية المحتاج ٥/ ١١٧- ١١٨، والمغني ٤/ ٥٤٦-٥٤٧، ومنتهى الإرادات ٢/٣٥١-٣٩١.

بـــأموال[1]، ومن أمثلة المعاوضة على المنفعة ما لو أوصى شخص لرجلين أحدهما بعين الدار والثاني بسكناها، وصالح الأول الثاني لأن الموصى له بعين الدار صالح الموصى له بسكناها بدراهم أو بمنفعة عين أخرى لتسلم الدار له جاز[2].

ويســـمي الشـــيخ تقي العثماني هذا الحق بحق الأسبقية ويقول: "حق الأسبقية من الحقـــوق العرفـــية وهو عبارة عن جق التملك أو الاختصاص الذي يحصل للإنسان بســـبب سبق يده إلى شئ مباح، مثل حق التملك بإحياء الأرض، ومرافق الأسواق والجلـــوس في المســـاجد، وذكر الفقهاء أن من سبق إلى مكان في المسجد فهو أحق بذلـــك المكان، وله أن يؤثر به غيره، ولكن لا يجوز له أن يبيع هذا الحق، نعم ذكر البهوتي أنه يجوز له التنازل عنه بعوض[3]، و لم أر في كتب الحنفية والمالكية من تعرض لمســـألة بيع حق الأسبقية، وقد ذكروا أن التحجير يثبت به الأحقية في إحياء الأرض وتملكها، ولكن لم أجد حكم بيع هذا الحق عندهم، وقياس قولهم أنه لا يجوز عندهم أيضا إلا أن يكون بطريق التنازل.

فخلاصـــة الحكم في بيع حق الأسبقية أنه وإن كان بعض الفقهاء يجوزون هذا البيع، ولكـــن معظمهـــم على عدم جوازه، ولكن يجوز عندهم الترول عنه بمال على وجه الصلح والله أعلم"[4]

٢- حقـــوق الارتفاق: وهي عبارة عن حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر لغير مالك العقار الأول[5].

---

[1] الهداية ٤/ ٢٥٣، والبدائع ١٨٩/٦، والاشباه لابن نجيم ص ٣٥٣، وابن عابدين ٤٤٣/٥-٤٤٤.

[2] ابن عابدين ١٥/٤ وتكملة فتح القدير٣٥٨/٧ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٦٣.

[3] شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٦٤.

[4] انظر بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٩٧ وما بعدها.

[5] انظر المادة (٣٧ من مرشد الحيران، وفي البحر الرايق " والمرافق عبارة عما يرتفق، ويختص بما هو من التوابع كالشرب والطريق ومسيل الماء، ٦/ ١٤٨" وفي جامع الفصولين: حقوق العقار عبارة عن مسيل وطريق وغيره، ومرافقه عند أبي يوسف رحمه الله عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق ١/ ٦٥، وفي البهجة شرح التحفة " والارفاق وهو إعطاء منافع العقار وهو أن يرفق بجاره بجداره الفاصل بينهما بمسقى، أي

وتشمل حقوق الارتفاق حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق التعلي، وحق الجوار[1].

وحقوق الارتفاق ليست بمال عند الحنفية، لأنها أمور لا يمكن حيازته، ولذلك لايجوز بيعها ولا إجارتها ولا هبتها ولا التصدق بها استقلالا، لأن محل ذلك يجب أن يكون مالا، إلا أن بعض فقهائهم قد أجاز بيع حق الشرب منفردا وهو اختيار مشايخ بلخ، ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن[2]،

=موضع يوصل منه الماء ليسقي حائطه أو داره، أو بجدار يفرز فيه خشبة ونحوها ٢/ ٢٥١-٢٥٢، وفي منح الجليل: "والأرفاق ارفاق الجار بجدار، أو سقي، أو طريق، أو قاع يبني فيه" ٣/ ٦٩.

[1] حق الشرب هو: نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض أو الشجر أو الزرع. وحق المجرى: هو حق مرور مسقى في أرض الجار لتصل إلى أرضه، وحق المسيل: هو حق مرور مصرف في أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح، وحق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره. وحق التعلي: هو أن يكون للإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ويتحقق ذلك في دار لها سفلي لمالك وعلو لمالك آخر، ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى، وهو حق ثابت دائما لصاحب العلو، لا يزول بهدم العقار أو انهدام السفل. وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفا يضر بالأخر، وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الأخر بالنفقات، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفل، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء، وقت تمامه لا بما أنفق، لأنه لم يكن وكيلا بالإتفاق.

وحق الجوار: وهو ألا يضر الجار بجاره ضررا فاحشا.

(انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٩٠، مصادر الحق للسنهوري ١/ ٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٦٦ وما بعدها).

[2] انظر البدائع ٦/ ١٨٩ وما بعدها حيث جاء فيها: "وأما الذي يرجع إلى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر، لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء، ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بأن يقول: بعتها بحقوقها أو بمرافقها... ولا يجوز إجارته منفردا، لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة على الانفراد.. وأنه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح أجرة في الإجارات... ولا تجوز هبته والتصدق به، لأن كل واحد منهما تمليك، والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك..." وفي الهداية مع شرح فتح القدير: " ويجوز بيع حق الشرب تبعا للأرض باتفاق الروايات، ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله كأبي بكر الاسكافي ومحمد بن مسلمه، لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه، ولأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالاتلاف، وله قسط من الثمن" فتح القدير ٦/ ٤٢٨، وانظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/ ٤٣، وقد منع الحنفية بيع حق التعلي لأنه ليس بمال، جاء في حاشية ابن

وبهذا تعتبر حقوق الارتفاق عند الحنفية حقوقا مالية لا عين مالية لتعلقها بأعيان مالية، وهـــي الأرض التي تقررت عليها هذه الحقوق، ولذلك يجوز بيعها تبعا للأرض، ولا تدخـــل في بـــيع الأرض إلا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بأن يقول: بعتها بحقوقها أو بمرافقها.[1].

وحقـــوق الارتفاق وإن كانت ليست بمال، إلا أنها تورث عند الحنفية لتعلقها بالمال، ولذلـــك لا تأثير للموت فيها، ويتصور إرثها استقلالا بأن يبيع صاحب العقار الذي تقررت له هذه الحقوق عقاره دون أن ينص على بيع حق الارتفاق الثابت لها، فيملك المشـــتري العقار المبيع دون الحق، ويبقى الحق للبائع وحينئذ يكون ملكا له ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.[2]

وعند المالكية والشافعية، والحنابلة تعتبر حقوق الارتفاق من قبيل الأموال ولذلك جاز عـــندهم بيعها وهبتها استقلالا، إلا أنهم اختلفوا في بيع حق التعلي استقلالا، فأجازه المالكية، والحنابلة، ومنعه الشافعية[3]، وهذه الحقوق لا تسقط بموت صاحب الحق، بل

عابدين ٥/ ٥٢ " إذا كان السفلي لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز، لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال، بل هو متعلق بالهواء، وليس الهواء مالا يباع" وانظر فتح القدير ٦/ ٤٢٨.

[1] فتح القدير ٦/ ٤٢٧-٤٢٨. وبدائع الصنائع ١٨٩/٦-١٩٠، حيث ذكر الكاساني: "والشرب ليس بعين مال، بل هو حق مالي".

[2] انظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢/ ٥٦٧. والبدائع ٦/ ١٩٢، وتبيين الحقائق ٦/ ٤٣.

[3] انظر البهجة شرح التحفة ٢/ ١٧، حيث جاء فيها القول بجواز بيع حق الشرب استقلالا، وفي الحطاب: " وجاز بيع هواء فوق هواء، فأحرى فوق بناء، وإن وصف البناء، أي الأعلى والأسفل ويصف بماذا يبنيه من آجر أو حجر" ٤/ ٧٦، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٩، وفي أسنى المطالب ٢/ ٢٢٦، "يجوز بيع حق إجراء ماء المطر من سطح المشتري على سطح البائع لينزل الطريق، وإجارته وإعارته كما يجوز ذلك على الأرض... وهذا عقد جوز للحاجة" وانظر نهاية المحتاج ٤/ ٤٠١- ٤٠٢.

وجاء في قواعد الزركشي: "مخطوط" ص ٢٠٣"حرف ميم" (من ملك أرضا ملك هواءها إلى عنان السماء، وتحتها إلى تخوم الأرض، وصرح الأصحاب بأن الهواء يباع مع أصله، فلو باع صاحب العرصة هواءها لشخص ليشرع فيه جناحا لم يصح. لأن حق الهواء مالم يتعلق بعين لا ينتفع به" وانظر نهاية المحتاج ٤/ ٣٨٣- ٣٨٤. وفي كشاف القناع: " ويصح أن يشتري ممرا في ملك غيره دارا كان أو غيرها، وأن يشتري موضعا في حائط يفتحه بابا... لأن

تنـــتقل إلى ورثته، لأنها أموال، والمالية فيها واضحة لجواز الاعتياض عنها والتصرف فيها، ولذلك تورث عنه كما تورث أمواله.

وقد بين ابن رشد من المالكية أن الأصل عندهم أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال[1]، ولذلك تورث حقوق الارتفاق عندهم لأنها مال.

وبين الزركشي من الشافعية أن الحقوق تورث كما تورث الأموال والضابط عندهم أن ماكـــان تابعا للمال يورث فحقوق الارتفاق تورث سواء كانت مالا أو في معنى المال أو تابعا للمال[2].

وبـــين ابن رجب من الحنابلة أن الحقوق المتعلقة بالأموال أو فيها معنى المال تنتقل إلى الورثة[3]، وحقوق الارتفاق حقوق مالية فيها معنى المال ومتعلقة كذلك بأعيان مالية، ولذلك تورث وتنتقل إلى الورثة، ولا تزول بموت صاحب الحق.

ويـــرى ابـــن حزم أن حقوق الارتفاق لا تورث استقلالا، لأن هذه الحقوق ليست أمـــوالا، ولقد أوجب الله سبحانه وتعالى الميراث في الأموال لا فيما ليس مالا[4]، وبين أن حق التعلي لا يحل بيعه أصلا، وهو باطل مردود، لأن الهواء لايستقر فيضبط بملك أبدا، إنما هو متموج يمضي منه شيئ ويأتي آخر أبدا فيكون بيعه من أكل المال بالباطل، لأنـــه بـــاع ما لايملك ولا يقدر على إمساكه، فهو بيع غرر، وبيع ما لايملك، وبيع مجهول[5].

ذلك نفع مقصود فجاز بيعه كالدور... ويصح أيضا أن يشتري علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا أو ليضع عليه خشبه موصوفا. لأنه ملك للبائع فجاز بيعه كالأرض.. وكذا لو كان البيت الذي اشترى علوه غير مبني إذا وصف العلو والسفلي ليكون معلوما" ٣/ ٤٠٣ وانظر كذلك المحرر في الفقه لأبي البركات ١/ ٣٤٣.

[1] بداية المجتهد ٢/ ٢١١، الفروق للقرافي ٣/ ٢٧٥.

[2] القواعد للزركشي: "مخطوط" ٨٣ حرف الحاء، وانظر حاشية أبي العباس الرملي بهامش أسنى المطالب ٣/ ٣

[3] القواعد لابن رجب ص ٣٤٣.

[4] المحلى لابن حزم ١٠/ ٢٨.

[5] المصدر نفسه ١٠/٦٣٣-٦٣٤.

ورد الشـــيخ علي الخفيف على قول ابن حزم هذا مبينا أن ذلك من معاملات الناس التي تجري على وفق حاجاهم المتمشية مع عاداهم وأعرافهم التي لم تصادم نصا في الدين أو تتعارض مع أصل من أصوله العامة، فلهم بيع العلو بحق بقائه أو قراره، وليس في ذلك شيئ يعارض كتاب الله.[1]

وما ذهب إليه المالكية والحنابلة من جواز بيع حق التعلي هو الأوجه لأن حاجة الناس تزداد يوما بعد يوم لتملك هذا الحق والتصرف فيه لأهميته والاحتياج إليه، وخصوصا بعـــد الـــتقدم الحضـــاري الهائل الذي تشاهده البشرية اليوم فوصلت المباني الشاهقة ناطحـــات السحاب، كما أن الأجواء المرتفعة التي تحلق فوقها الطائرات جعلت لأن يكـــون لكل دولة مجالها الجوي لا تسمح لطائرات الغير بعبوره إلا بعد إذن خاص، كمـــا أن أسلاك الكهرباء أو الهاتف تمتد عبر أجواء الأرض المملوكة وغير المملوكة، فـــالقول بملكـــية حـــق التعلي، وأن من ملك أرضا ملك هواءها إلى عنان السماء، والتصرف فيه بالبيع وغيره وجريان الإرث فيه هو الأرجح لحاجة الناس لمثل هذا الحق وخلاصـــة ما تقدم أن الجمهور من الفقهاء اتفقوا على أنه لا تأثير للموت في حقوق الارتفاق، ولذلك لا تسقط بموت صاحب الحق، بل تنتقل لورثته سواء قلنا إنها مال أو تعلقت بأعيان مالية.

وقد تبين من هذا العرض البسيط أن هذه الحقوق لا تدخل ضمن حق الاستقرار إلا أن لها علاقة بها وعلى الخصوص حق التعلي وحق الاختصاص، وذكرنا أحكامها وقلنا أن حق الاختصاص يجوز اسقاطه فقط دون البيع والإجارة، وأما حق التعلي يجوز بيعه وإجارته على القول الأرجح. والله أعلم.

---

[1] انظر بحث الشيخ علي الخفيف بمجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة العاشرة العددان الخامس والسادس ص ٤٣

الخاتمة

فقد فرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه وتفصيله، وبقي علي أن أختم الرسالة ببيان أهم ما جاء فيها في النقاط الموجزة الآتية:

أولا- بحثت في التمهيد عن حقيقة الحق، وأقسامه، في الفقه والقانون، وخلصت إلى أن الحق هو ما يتعلق به ا لنفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فنسب إلى الله تعالى، لعظم خطره، وشمول نفعه، ومنهم من عرفه بأنه مصلحة،وعرفه بعضهم بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا

ثانيا- ولعل تعريف الحق بأنه اختصاص تعريف جامع لأنه شامل لجميع الحقوق حقوق الله تعالى وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، كما أنه يشمل كل الحقوق الشرعية التي يقرها الشرع للشخص بما فيها حقوق الأسرة وحقوق المجتمع وغيرها.

ثالثا- والحق عند الفقهاء له اطلاقات كثيرة منها أنه يطلق على ما يشمل الحقوق المالية وغير المالـية ويطلـق على الالتزامات التي تترتب على العقد، ويطلق على الأرزاق التي تمنح للقضاة والفقهاء وغيرهم من بيت مال المسلمين، ويطلق على مرافق العقار مثل: حق الطريق، ويطلق على الحقوق المجردة.

رابعـا- اختلف فقهاء القانون في معنى الحق اختلافا كثيرا ولعل أحسن تعريف للحق عند فقهـاء القانون هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سـلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية، وذلك لأن أساس الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون.

خامسا- والفرق بين الحق والواجب يلاحظ أن بينهما عموما وخصوصا حيث أن الواجب العـام يوجـد بالنسبة إلى جميع الحقوق أيا كان نوعها، فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ما عدا صاحب الحق، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير، بحيث يمتنع بمقتضـاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلا يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه، وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين، وذلك بالإضافة إلى الواجب

العـــام، فلو أن صاحب مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدي العمـــل الذي يقضي به بالاتفاق، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره، ويضاف إلى هـــذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أي فعـــل يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة التي تربط بين العامل وصاحب المصنع، فلو أن أحدا من هـــؤلاء، كصاحب مصنع آخر، حرض العامل على الإخلال بواجبه، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض.

سادســـا- حـــق الاســـتقرار يستعمل عند الفقهاء لعد معان: منها أنه بمعنى الثبوت وعدم الانفصـــال ويطلقونـــه على الاتصال بالأشياء بهذا المعنى اتصال قرار، وعند إضافته إلى لفظ " حق" فيقولون: حق القرار، يقصد به ثبوت حق الانتفاع بالعقار المستأجر والبقاء فيه، دون أن يطالبه أحد بإخلائه فهو حق التمسك بالعقار.

سابعا- وكذلك تعرض القانون لمعنى حق الاستقرار وذكر بأنه عبارة عما يترتب لصاحبه على أرض للغير، ويراد به الانتفاع بهذه الأرض مدة طويلة، وهذا ما يدعو إلى أن يكون الحق عينـــيا حـــتى يكون له من الاستقرار والبقاء ما ليس للحق الشخصي الذي يعطيه للمستأجر، فحـــق الاستقرار حق عيني وليس شخصيا، وذكر القانون أن حق القرار مستمد من التقنينات الأجنبـــية وأن الغرض من حق القرار إيجاد طريقة أكثر استقرارا من الإيجار لاستغلال الأرض بالبناء عليها أو بالغرس فيها، وذكر أنه أفضل من الإيجار لأنه حق عيني وأن مدته طويلة.

ثامـــنا- استعرضـــت في الفصـــل الأول من الرسالة معنى الحكر، والألفاظ التي لها صلة به كـــالكدك، والمرصد، ومشد المسكة، الكردار، والفراغ، وغيرها، وبينت أن الحكر عبارة عن عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما، وذكرت أن الحكر عند الفقهـــاء له اطلاقات عديدة وأنه يطلق على الأجرة المقررة على العقار كما يطلق على العقار نفسه، وأيضا يطلق على الإجارة الطويلة.

تاســـعا- بينت أن الحكر كما ورد عند الفقهاء ورد كذلك عند فقهاء القانون، وأن الحكر عندهم عبارة عن حق يخول المحتكر الانتفاع بأرض للغير في مقابل أجرة المثل، وذلك بالبناء أو

الغـــرس أو غـــيره، ويكون المحتكر مالكا لما يحدثه من بناء أو غراس أو غيره، ثم قارنت بينهما وبينت أنهما متفقان في معنى الحكر، ورجحت تعريف السنهوري لكونه يشمل نوعي الحكر.

عاشرا- وبينت أن موضوع الحكر إما أن يكون إجارة الوقف المخرب الذي لا يكفي ريعه لتصليحه ولا كذلك استبداله فيضطر الناظر إلى تحكيره وذلك بعد أخذ الإذن من القاضي، وإما أن يكون عقارا غير موقوف، وأشرت إلى أن الحكر يعتبر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة.

حـــادي عشـــر- الحكر ينقسم إلى قسمين: القسم الأول: وهو ما يكون في الأوقاف وهو الأغلب ولكن دون اختصاص، والقسم الثاني: الحكر في الأملاك الخاصة، و عند فقهاء القانون نفس هذا التقسيم، وأشرت بأن الحكر حق عيني من الجانبين.

ثاني عشر- ذكرت في هذا الفصل أيضا حكم الحكر بنوعيه وبينت أن العلماء اختلفوا فيه، ولكـــن الراجح هو الجواز بالشروط التي اشترطوها، وأن القانون كذلك لم يختلف عن الفقه في جواز الحكر بنوعيه وشروطه، وأن القانون يشترط الشكلية أيضا، وقلت أن الفقهاء وإن كانوا يكـــتفون بالتراضي إلا أنهم يريدون تأكيد العقد فهم لا يخالفون الشكلية لأن الشكلية من جملة المؤكدات.

ثالـــث عشر- تكلمت عن حقوق المحتكر وبينت أن له أن ينتفع بالعقار إلى الأبد، أو طول المدة المعينة، وله أن يحدث تصليحا في العقار، وأن يغير فيه بشرط ألا ينقص من قيمته، ويجوز له أن يتنازل عن الحق ببيع أو هبة أو غير ذلك، ولم يختلف القانون عن الفقه في حقوق المحتكر بل القـــانون فصـــل الموضوع أكثر من الفقه لكونه من الموضوعات المعاصرة وورد في القانون أن للمحـــتكر أن يتصـــرف في حقه وينتقل هذا الحق بالميراث ويخول وله الانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع.

رابـــع عشـــر – بينت أيضا في هذا الفصل التزامات المحتكر وقلت أن عليه أن يدفع الأجرة وهي زهيدة في العادة، وتعد إيرادا دائما إذا كان الحكر مؤبدا، وحق المؤجر في استبقاء الأجرة يعـــد حقـــا عينيا على العقار المحتكر، وتكون دعواه عينية وتختلف الأجرة زيادة ونقصا على

حسب ارتفاع أو نزول سعر إيجار الأرض المحتكرة، بغض النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات، لأن أجرة الحكر هي أجرة المثل، وهذه الالتزامات متفقة بين الفقه والقانون، و لم يختلف القانون عن الفقه في هذه الجزئية.

خامس عشر- أن العلماء اختلفوا في تحديد مدة الحكر وإطلاقه، وذكرت أن الأولى جوازه لمدة طويلة ولكن لابد من تحديد المدة لأنه إذا طالت أدى ذلك إلى اندراس الوقف وخرابه، وبالتالي إلى الإضرار بالمستحقين، وأن القانون حدد المدة كما حدد بعض الفقهاء وورد في القانون أن المدة لا تزيد عن ستين سنة.

سادس عشر- ويترتب على مضي المدة في الفقه والقانون أنه إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك له نهاية معلومة كزرع له لم يبلغ حصاده، تبقى الأرض في يده بأجر المثل إلى أن يحصد الزرع ،وأما إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك ليس له نهاية معلومة كالبناء وغيره، فهنا يفرق في الحكم بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المستأجر قد أذن من الناظر بالبناء أو الغرس وانتهت المدة، فتترك الأرض في يده مادام يدفع أجر مثلها

الحالة الثانية: أن لا يكون مأذونا له بالبناء أو الغراس من قبل الناظر وبنى أو غرس في أرض الوقف، فهنا ينظر: إن كان ما بناه أو غرسه، من مال الوقف، يكون ما بناه للوقف وأما إذا كان ما بناه أو غرسه من ماله هو، فعليه قلع ما بناه أو غرسه، إذا كان القلع والهدم لا يضر بأرض الوقف، وإن كان يضر بها، كان عليه أن ينتظر حتى ينهدم البناء ويأخذ أنقاضه.

سابع عشر- ينتهي الحكر، بانقضاء المدة، ويجوز كذلك فسخ عقد الحكر ولو كان دائميا إذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة ثلاث سنوات، ولا ضرورة لإنذار المستأجر بفسخ الحكر، وأيضا ينتهي بموت العاقدين أو أحدهما، وينتهي بهلاك البناء أو الأشجار.

تبين لي خلال دراستي وتحليلي لموضوع الحكر أن فائدته بحياتنا المعاصرة هي أننا نرى في العالم وعلى الخصوص العالم الإسلامي أراضي الوقف وهي خربة تحتاج إلى الإصلاح

والاستفادة منها وأن أفضل الطريق لهذه الاستفادة هو الحكر، لأن من بيده الأرض لا يستطيع إصلاحها إما لعدم الإمكانية ، وإما لعدم الاهتمام بها، فلو آجر هذه الأراضي لمدة طويلة وثبت للمستأجر حق الاستقرار يمكن الاستفادة منها حيث يقوم بإصلاحها لأنها تبقى في يده لفترة طويلة، ويا حبذا لو اهتمت بها الحكومات واستأجرتها من ناظريها وقامت بإصلاحها، لأن لها من الوسائل ما يتمكن بها إصلاحها، ولو طبقت هذه ا لعملية لأدت إلى تطوير الاقتصاد، إضافة إلى وجود العمل للمواطنين مما نرى كثيرا منهم يعانون من عدم وجود العمل، ونرى كذلك أن العالم الإسلامي يستورد أكثر المواد الغذائية الأولية من الدول الأجنبية مع أنه يملك من الأراضي ما لو قام بإصلاحها تجعله من الدول المتقدمة المصدرة لتلك المواد.

ثامن عشر- تكلمت في الفصل الثاني من الرسالة عن الإجارة الطويلة وبينت حكم هذه الإجارة ، وقلت أن الغرض من هذه الإجارة هو سد الحاجة الاقتصادية والاجتماعية فالحاجة الاقتصادية هي تعمير الأراضي والمباني الخربة التي لا يستطيع الملاك تصليحها، فيؤجرونها إلى من يستطيع ذلك، فيقومون بإصلاحها وتعميرها وزراعتها حتى يستفاد منها،فالعالم الإسلامي غني من ناحية الأراضي والمناخ والمياه والأيدي العاملة، ولكن يعاني من عدم وجود الآلات التي تصلح بها تلك الأراضي، وأما الحاجة الاجتماعية فهي رغبة طبقة الملاك أن يبقوا ملاكا، مع جعل حق الملكية يتجزأ بينهم وبين من هم أكثر صلاحية منهم لاستغلالها.

تاسع عشر- يجوز الإجارة الطويلة في الفقه والقانون، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المدة بعضهم حدد المدة وبعضهم أطلقها ولكن القانون حدد المدة بتسع وتسعين سنة إلا أن كلا من الفقه والقانون يجيز أكثر من ذلك إن كان هناك مصلحة، ودعت الحاجة إلى ذلك.

عشرون- وكذلك أشرت إلى عقد الإجارتين وحلول الانتفاع وقلت أن عقد الإجارتين أحدثته القوانين العثمانية و لم يتعرض لهذه العقود الفقه الإسلامي ولا القانون الباكستاني وإنما ذكرها القانون المدني المصري وعرف عقد الإجارتين بأنه عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق،

بأجـــرة معجلـــة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة، وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة، ومن هنا سميت بالإجارتين .

حـــادي وعشرون- وفي الفصل الثالث تكلمت عن الخلو تعريفه، وأنواعه وحكم كل نوع وبينـــت أن الخلـــو وجـــد لأول مرة في القاهرة، وأن كلمة الخلو مستحدثة لم يعرفها الفقهاء القدامى، ولذا اختلف الفقهاء في تعريفه إلا أن هذه التعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت في الألفاظ وذكرت أن الخلو عبارة عن اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلتها الدراهم كما قال الزرقاني.

ثاني وعشرون – بينت أن الخلو ينقسم إلى ثلاثة أنواع الخلو في عقارات الأوقاف وأن هذا الـــنوع يجوز عند أكثر العلماء بالشروط التي ذكروها، والخلو في أراضي بيت المال وأن الخلو فيها يجوز عند أكثر الفقهاء كما يجوز عند فقهاء القانون أيضا إذا كانت هناك مصلحة.

ثالـــث وعشرون- الخلو في الأملاك الخاصة ينقسم إلى ثلاثة أقسام وبينت أن أكثر الفقهاء يقولـــون بعـــدم جواز كل هذه الأنواع وذهب القانون أيضا إلى عدم جوازها، إلا أن الفقهاء جـــاءوا ببديل لحل المشكلة وهو أن يجعل أجرة الأرض أو البناء قسمين، معجلة ومؤجلة كأن يكـــون الأجرة مثلا اثنتين وعشرين ألفا فيدفع اثنتي عشرة ألفا معجلة والباقي يدفع شهريا كل شهر ألف روبية.

رابـــع وعشرون- تكلمت في الفصل الرابع عن العلاقة بين الخلو والظروف، ظروف طارئة وقاهـــرة وبينـــت بأن كلا من الحكر والإجارة الطويلة والخلو من جملة الإجارة وأن كل هذه الأنواع تنفسخ بالظروف التي تنفسخ بها الإجارة.

وأنهي بحثي هذا كما بدأته بحمد الله تعالى، وأسأله أن يوفقني إلى مواصلة السير في طريق العاملين على خدمة كتابه المبين وسنة رسوله الأمين.

وصلى اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهم النتائج التي توصلت إليها

قـــد ذكرت بعض النتائج في الخاتمة وأريد أن أشير إلى بقية النتائج التي توصلت إليها خلال دراسة وكتابة الرسالة وهي على النحو التالي:

لاشك أنني قد واجهت مشاكل عديدة عند اختيار الموضوع وكذلك حين الدراسة والكـــتابة وبعد التكميل استفدت كثيرا حيث أنني قد أضفت إلى التراث الإسلامي والمكتـــبة الإسلامية أثرا يمكن الاستفادة منه لأنه قد تبين لي خلال كتابة البحث أن المسلمين والعالم الإسلامي بحاجة شديدة إلى الاستفادة من ممتلكاهم حتى يستغنوا عن إيرادات المواد الضرورية من بقية العالم وأننا لو قمنا بإصلاح أراضينا وممتلكاتنا سواء قمنا بإصلاحها بأنفسنا أو بإعطائها للآخرين عن طريق الإجارة أو الحكر حتى يقوموا بإصلاحها والاستفادة منها وقد عالجت هذا الموضوع في البحث وتبين لي أننا لو قمنا بدفع الأراضي والأماكن الخربة الموقوفة وغير الموقوفة بالإجارة أو الحكر لفترة طويلة لأدت إلى إصـــلاحها حيث يوجد في عالمنا الإسلامي أراضي الموقوفة وغير الموقوفة كثيرة تحتاج إلى الإصلاح والتعمير وأفضل الطرق هو هذا الطريق، إضافة إلى ذلك أن مســـألة الخلـــو قد ابتلى به عامة الناس في بلادنا ولايتصور أحد أن هذا العمل حرام وحـــين تتبعي للموضوع تبين لي أن الخلو المروج لم يجز العلماء وقالوا أن فيه الرشوة وأكـــل أمـــوال الـــناس بالباطل، ولاشك أن هذا سبب من أسباب ضعف المسلمين واستيلاء الأخرين عليهم وأن الفقهاء قد عالجوا الموضوع وجاءوا ببديل لحل المشكلة وهو تقسيم الأجرة إلى قسمين معجلة ومؤجلة، حتى لا يقع الناس في حرج.

ومن المسائل الغريبة التي رأيتها واطلعت عليها خلال كتابة الرسالة هي مسألة عقد الإجـــارتين وذلـــك أنه لما وقعت المشكلة بسبب احراق البيوت في استنابول اجتهد العـــلماء وفكـــروا لحل الأزمة التي واجهوها فبعد البحث والتفكير وصلوا إلى حل مناسب وهو عقد الإجارتين لأن بها لايخسر المتضررين بإخراج الملكية من أيديهم كما أنهم يستطيعون بسببها إعادة بناء بيوتهم وأماكنهم أضف إلى ذلك أن المستأجر يستفيد

كذلك لأن الشئي المستأجر يبقى في يده لفترة طويلة ومن ثم يستفيد منه لوقت طويل وقد تبين لي من دراسة هذا العقد أن فقهاء المسلمين لم يتركوا المشكلة من غير حل، وأنهم تمشوا في إفتائهم مع الظروف المحيطة بهم وهذا يعطينا الدرس بأن نفكر ونجتهد في المسائل الجديدة التي نواجهها كل يوم، وعلى الخصوص مسائل اقتصادية واجتماعية، فعلينا أن نفكر ونجتهد في مثل هذه الأمور حتى نتمكن من حل ا لأزمات التي أحاطت بنا، ونبحث عن الحل الذي يساير ظروفنا، وإنني قد استفدت كثيرا خلال كتابتي لهذه المسائل ولم أكن أعلم على الإطلاق مسألة حكم الخلو وعقد الإجارتين وغيرها ولما بدأت البحث كان يصعب علي بحث وإيجاد حكم هذه المسائل ولكن بعد التتبع والبحث الدقيق وفقني الله لحلها.

هذا ومما استفدت من كتابة البحث المعرفة بالقانونين الباكستاني والمصري وإن كان قد واجهت صعوبات كثيرة في إيجاده ومقارنته مع الفقه الإسلامي وعلى الخصوص القانون الباكستاني، لأنه متشتت ويوجد في مواضع مختلفة كما أن لغته الإنجليزية وليس لي بها معرفة كثيرة، والشئ الذي حيرتني هو موافقته للفقه الإسلامي وكنت اعتقد أنه عين قانون البريطانيا لا يتمشى مع الشريعة الإسلامية ولكن بعد القراءة والبحث ظهر لي أنه يوافق الفقه الإسلامي ثمانين في المائة وأنه أقرب إلى الشريعة الإسلامية من قانون المدني المصري لأن مصدر الأول للقانون المدني المصري هو القانون (وهذا القانون هو القانون المأخوذ من قانون السويسري والفرنسي والهولندي والصيني وغيرها كما ذكر الدكتور السنهور) والمصدر الثاني هو الفقه، والمصدر الأول والأساسي للقانون الباكستاني هو القرآن والسنة وهذا الأمر أدى بي إلى سروري وإرضائي من هذا القانون كما أنه لايزال المحاولات جارية لتغيير بقية القوانين التي لا تتمشى مع الشريعة لكي توافق الشريعة، والله أسأل أن يوفق القائمين به حتى يجعله موافقا للشريعة الإسلامية مائة في المائة وقد عرفت أيضا من خلال مواجهتي للمشاكل والصعوبات أنني لا أزال قاصر جدا ولا أعرف جل المسائل وأدركت بأنني بحاجة ماسة إلى المطالعة والاستفادة من الشيوخ والله أسأل أن يوفقني لما يحبه ويرضاه

الفهارس

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: باقي المراجع

أ- كتب التفسير:

= أحكام القرآن لابن العربي المالكي الأندلسي مطبعة عيسى البابي الحلبي.

= أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص"ت ٣٧٠هـ"مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان سنة ١٣٣٥هـ.

ب- كتب الحديث:

= سنن أبي داود الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧١هجرية ١٩٥٢م.

= سنن النسائي الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي (٣٠٣) المطبعة المصرية بالأزهر.

= سنن ابن ماجه الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه (٢٧٣)دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، سنة ١٣٩٥هجرية ١٩٧٥م.

= صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن حجاج القشيري المطبعة مصطفى البابي الحلبي

= الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي طبع في مصر سنة ١٣٥٣هـ.

= عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين أبي محمد العيني "ت ٨٥٥هـ" مطبعة دار الفكر بيروت .

= فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني الطبعة السلفية.

= مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين بن أبي بكر للهيثمي مطبعة القدس القاهرة

= مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١) المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دار صادر للطباعة والنشر بيروت لبنان.

= المنتقى شرح موطأ للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت٤٩٤) الطبعة الأولى سنة ١٣٣١هجرية مطبعة السعادة مصر.

= موطأ الامام مالك (ت ١٧٩) مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هجرية

= نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشيخ العلامة الرباني محمد بن علي بن محمد الشوكاني مطبعة مكتبة دار التراث القاهرة.

جـ - كتب القواعد:

= الإشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي مع شرحه للحموي- غمز عيون البصائر للشيخ الإمام السيد أحمد بن محمد الحموي المصري، المطبعة إدارة القرآن والنشر كراتشي باكستان سنة ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.

= تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد علي بن حسين مطبعة دار الكتب العربي بيروت.

= درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو المطبعة الشرقية سنة ١٣٠٤هـ.

= درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيدر أفندي الطبع منشورات مكتبة النهضة الحديثة بيروت لبنان.

= الفروق لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي"ت ٦٨٤هـ" الطبعة الأولى مطبعة دار إحياء الكتب العربية مصر سنة ١٣٤٧هـ.

= قواعد ابن رجب توزيع دار الباز للنشر والتوزيع

= القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح بن غانم السدلان ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هجرية دار بلنسية للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية - الرياض

= مجلة الأحكام العدلية لجماعة من العلماء في الدولة العثمانية مطبوعة مع شروحها للشيخ سليم رستم باز اللبناني ط كويتا باكستان، وأخرى للشيخ محمد خالد الأتاسي ط المكتبة الإسلامية كويتا باكستان سنة ١٤٠٣هـ.

= المنـــثور في القواعد للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي مطبعة شركة دار الكويت للطباعة، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـــ.

د- كتب الأصول:

= التوضيح في حل غوامض التنقيح للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت ٧٤٧) الطبعة الثانية كراتشي باكستان سنة ١٤٠٠هجرية.

= تيســـير التحرير شرح التحرير للأستاذ الفاضل محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

= حاشـــية قمر الأقمار على كتاب نور الأنوار شرح المنار لملا جيون المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥هـــ

= شـــرح المـــنار وحواشـــيه لأبي الـــبركات عبد الله بن أحمد المعروف بـــ حافظ الدين النسفي"ت ٧١٠هـــ" الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـــ ١٩٨٦م دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

=كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدي لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري (ت ٧٣٠) مطبعة دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٣٩٤ هجرية.

= الموافقات لأبي إسحاق إبراهيم اللخمي الشاطبي الناشر المكتبة التجارية بأول شارع محمد علي بمصر.

و- كتب الفقه:

المذهب الحنفي:

إتحاف الإخلاف في أحكام الأوقاف للشيخ حلمي طبع البهاء حلب سنة ١٣٢٧هـــ

= أحكام الأوقاف للخصاف أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف"ت ٢٦١ هـــ" مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية ١٣٢٢هـــ ١٩٢٢م الطبعة الأولى.

=الاختـــيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي الحنفي تحقيق وتعليل الدكتور محمد طموم مطبعة دار الدعوة.

= الإســعاف في أحكام الأوقاف- برهان الدين- إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي"ت ٩٢٢هـ" المطبعة الكبرى المصرية ١٢٩٢هـ.

= أنفع الوسائل في تحرير المسائل- الفتاوى الطرسوسية- نجم الدين إبراهيم بن علي بن أحمد عبد الواحد الطرسوسي"ت ٧٥٨هـ" مطبعة الشرق مصر سنة ١٣٤٤هـ ١٩٢٦م.

= الــبحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين العابدين إبراهيم ابن نجيم الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان

= بحــوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني قاضي التمييز الشرعي بالمحكمة العليا الباكستاني، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ مكتبة دار العلوم كراتشي

= بدائــع الصــنائع للكاساني الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م دار الكتب العلمية بيروت لبنان

= تبــيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلي الحنفي الطبعة الثانية دار المعرفة بيروت.

= تفهيم المسائل لمولانا كوهررحمن مطبعة مكتبة تفهيم القرآن مردان باكستان سنة ١٩٩٩م.

= تنقيح الفتاوى الحامدية الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

= جامع الفصولين لمحمود بن أسرائيل المشهور بابن قاضي سماونة المطبعة الميرية الكبرى مصر الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠هـ.

= جديــد فقهــي مباحث ترتيب مولانا مجاهد الإسلام قاسمي، تأثرات مولانا أبو الحسن الندوي الطبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي سنة ١٩٩٤م

= جلاء العنين في محاكمة الأحمديين لفخرالدين الألوسي ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٣١٧هـ.

= حاشــية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين محمد أمين بن عمر عبد العزيز الشهير بــابن عــابدين"ت ١٢٥٢" الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ مكتبة ماجدية عيدكاه طوغي رود كويتا باكستان وكذلك طبع الأستانة سنة ١٣٢٦هـ المطبعة العثمانية.

= شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام "ت ٨٦١هـ" مطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٦هـ. و الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

= العقود الدرية في شرح تنقيح الفتاوى الحامدية للشيخ العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين الطبعة الثانية المطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

= العناية شرح الهداية لمحمد بن محمود البابرتي طبعة بولاق سنة ١٣١٥هـ.

= الفتاوى البزازية بهامش الهندية للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي"ت ٨٢٧" الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ المطبعة مكتبة ماجدية عيدكاه كويتا باكستان.

= الفتاوى الخيرية لنفع البرية المطبعة دار سعادت عام ١٣١١هـ

= الفتاوى الهندية للعلامة مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ المطبعة مكتبة ماجدية عيدكاه كويتا باكستان.

= فتاوى قاضيخان لفخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي"ت ٥٩٢هـ" مطبوع بهامش الفتاوى الهندية الأجزاء الثلاثة " الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ المطبعة مكتبة ماجدية عيدكاه كويتا باكستان.

الفتاوى المهدية في الدقائق المصرية للشيخ محمد العباس المهدي، المطبعة الأزهرية الطبعة الأولى سنة ١٣٠١هـ.

= المبسوط للسرخسي سنة الطبع ١٤٠٦هـ دار المعرفة بيروت لبنان

= مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المشهور بشيخ زادة"ت١٠٨٧هـ" دار الطباعة العامرة مصر سنة ١٣١٦هـ.

= مجموعة فتاوى قدري آفندي المعروف بواقعات المفتين للعلامة الشيخ عبد القادر بن يوسف الشهير بقدري آفندي الحنفي الناشر دائرة المعارف الإسلامية بلوشستان باكستان

= مختصر الطحاوي لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي"ت ٣٢١هـ" تحقيق أبو الوفاء الأفغاني مطبعة دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٧٠هـ.

= المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك الطبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع كراتشي باكستان

= مفتاح السعادة لأحمدبن مصلح الدبن المعروف بطاش كبرى زادة طبعة الهند سنة ١٣٢٨هـ

= مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي

= منحة الخالق حاشية على البحر الرائق لابن عابدين المطبعة العلمية بالقاهرة

= الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني"ت ٥٩٣هـ" طبعة باكستان.

المذهب المالكي:

= بداية المجتهد ونهاية المقتصد القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بـ"ابن رشد الحفيد" ت ٥٩٥هـ الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م المطبعة دار الكتب الإسلامية مصر

= تحفة الأحكام لأبي بكر محمد بن محمدبن عاصم الأندلسي الغرناطي" ٨٢٩هـ" بهامش البهجة في شرح التحفة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر الطبعة الثانية سنة ١٣٧٠ هـ ١٩٥١م.

= حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي"ت ١٢٣٠هـ" مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر

= الديباج المذهب لابن فرحون، مطبعة ا لسعادة سنة ١٣٢٩هـ.

= رسالة الحطاب في حكم بيع الأحباس مخطوط.

= شرح الخرشي على مختصر الخليل لأبي عبد الله محمد الخرشي"ت ١١٠١هـ" المطبعة الأميرية ١٣١٧هـ.

= شــــرح الزرقاني على مختصر خليل لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني"١٠٩٩هـــ" مطــبعة مصـــطفى البابي الحلبي، مصورة بالأوفست دار الفكر بيروت لبنان سنة ١٣٩٨هـــ ١٩٧٨م.

= الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد الدرير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

= الشــــرح الكبير على مختصر خليل لأحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير"ت ١٢٠١هـــــ" مطبعة التقدم العلمية- مصر سنة ١٣٣١هـــ وطبعة أخرى بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر.

= شرح منح الجليل على مختصر الخليل لمحمد أحمد عليش"ت ١٢٩٩هـــ" المطبعة الكبرى، مصر ١٢٤٩هـــ.

= العـــدوي عـــلى الخرشي لأبي الحسن علي بن أحمد الصعيدي العدوي"ت ١١٨٩هـــ مطبوعة على هامش الخرشي.

= فـــتاوى الشيخ عليش المسماة بـــ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة سنة ١٣٧٨هـــ

= مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب الطبعة الأولى، مطبعة السعادة مصر.

المذهب الشافعي:

= أســـنى المطالــــب شرح روض الطالب لأبي يحي زكريا بن محمد الأنصاري"ت ٩٢٩هـــ المطبعة الميمنية سنة ١٣٠٦هـــ.

= تحفـــة المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس أحمد بن محمد بن حجر الهيثمي"٩٧٤هـــ" مطبعة مصطفى محمد، المكتبة التجارية الكبرى مصر، سنة ١٣٠٤هـــ.

= الجمل على شرح المنهاج المطبعة الميمنية.

= رحمـــة الأمـــة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي العثماني الطبعة الأولى دار الكتب العلمية بيروت.

= روضـــة الطالـــبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي"ت ٦٧٦" الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـــ ١٩٨٥م المكتب الإسلامي

= شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحي بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي"ت ٦٧٦هـــ" مطبعة دار مكتبة الحياة بيروت.

= شرح المنهاج وحاشية القليوبي مطبعة مصطفى البابي الحلبي

= الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيثمي"ت ٨٠٧هـــ" مطبعة دار صادر

= المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا يحي الدين بن شرف النووي مطبعة دار الفكر.

= مصـــباح المـــنير في غريـــب الشرح الكبير للرافعي الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـــ الناشر مؤسسة دار الهجرة إيران قم

= مطالـــب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني مطبعة منشورات المكتبة الإسلامي دمشق الطبعة الأولى سنة ١٩٦١م.

.=.مغـــني المحـــتاج إلى ألفاظ المنهاج للشيخ الشربيني الخطيب مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم،مطبعة. دار الكتب بيروت لبنان

= المهـــذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ين يوسف لشيرازي"ت ٤٧٦هـــ" مطبعة عيسى البابي الحلبي.

= نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي"ت ١٠٠٤هـــ" مطبعة مصطفى الحلبي مصر سنة ١٩٨٣م الطبعة الأولى.

= نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني"ت ٤٧٨"مخطوط في قسم المخطوطات في جامعة الدول العربية تحت رقم ٣٣٠ في الفقه الشافعي.

= الوجـــيز في فقـــه الإمام الشافعي لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي"ت ٥٠٥هـــ" مطبعة حوش قدم بالغورية القاهرة سنة ١٣١٨هـــ.

المذهب الحنبلي:

= الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب

= السحب الوابلة على سرائح الحنابلة مخطوط في الخزانة التيمورية بمصر.

= ســـلك الدرر لأبي الفضل محمد خليل بن علي بن محمد المرادي، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٧م دار الكتب العلمية بيروت لبنان

= شرح النيل وشفاء العليل لمحمد أطّفيّش، المطبعة السلفية.

= شـــرح منـــتهى الارادات للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي"ت ١٠١٥هـ" مطبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد المملكة العربية السعودية.

= غاية المنتهي الجمع بين الإقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف"ت ١٠٣٣هـ" الطبعة الأولى بدمشق.

= فتاوى ابن تيمية لأحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي، الطبعة الأولى بالرياض سنة ١٣٨١هـ.

= الفواكـــه العديـــدة في المسائل المفيدة -مجموع المنقور- لأحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي"ت ١١٢٥هـ" المطبعة العامرية بمصر ١٣١٩هـ.

= كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي الطبعة الأولى المكتب الإسلامي دمشق سنة ١٣٨٠هـ.

= المدخل إلى مذهب أحمد لعبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن بدران الطبعة الثانية بيروت سنة ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

= المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة"ت ٦٢٠هـ" الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

باقي المذاهب:

= الـــبحر الـــزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار أحمد بن يحي بن المرتضى"ت ٨٤٠هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية مصر الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨هـ ١٩٤٩م.

= المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم"ت ٤٥٦هـ" تحقيق أحمد محمد شاكر مطبعة دار التراث القاهرة.

= مستمسك العروة الوثقى لآية الله العظمى السيد محسن الطباطبائي الحكم الناشر قم إيران سنة ١٤٠٤هـ

= هداية الأنام لشريعة الإسلام لمحمد الحسني البغدادي النجفي مطبعة القضاء والنجف العراق ١٣٨٤هـ.

و- كتب الفقه العامة:

= أعـلام الموقعين عن رب العالمين شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية"ت ٧٥١هـ" الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

الذمـة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي للدكتور المكاشفي طه الكباشي الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م مكتبة الحرمين الرياض.

= الشـريعة الإلهـية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر سليمان الأشقر الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٤هـ ١٩٣٨م دار الدعوة.

= فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء جمع وترتيب أحمدعبد الرزاق الدويش طبع ونشر رئاسـة إدارة الـبحوث العلمـية والإفتاء الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ

= الفقـه الإسلامي للدكتور محمد يوسف مدخل لدارسته مطابع دار الكتاب العربي مصر، القاهرة الطبعة الثانية سنة ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م

= الفقـه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق.

= فلسـفة التشريع لصبحي محمصاني طبع دار العلم للملايين الطبعة الثانية سنة ١٣٨٠هـ ١٩٦١م

= كشف الحقائق سنة الطبع ١٣٢٢هـ

= مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد ٢٦٢ محرم سنة ١٤٢٤هـ مارس ٢٠٠٣م.

= مجموع الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م الكويت وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

= المدخل لدراسة الفقه للدكتور محمد الحسيني حنفي- دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر- الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٤م.

= المدخل للفقه لعيسوي أحمد عيسوي دار الاتحاد العربي للطباعة القاهرة سنة ١٩٧٦م

= المنافع للشيخ على الخفيف بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة العشرون سنة ١٩٥٠م العددان الثالث والرابع

= موجز النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة مطبعة الاعتماد مصر- القاهرة.

= نظـرية الحق للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، بحث منشور بكتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مطابع الاهرام التجارية، القاهرة سنة ١٩٧١م.

= نظرية الالتزام العامة للدكتور ماجد الحلواني الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٤

= نظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم عبد السلام

= نظـرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م مؤسسة الرسالة بيروت.

ز- كتب القانون:

= أصـول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ط شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

= الحـق ومـدى سلطان الدولة في تقييده للدريني مطبعة جامعة دمشق الطبعة الأولى سنة ١٣٨٦هـ ١٩٦٧م

= الحقوق العينية الأصلية لمحمد كامل مرسي باشا الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ ١٩٥١م المطبعة العالمية مصر.

= شـــرح قانون إيجار الأماكن الخالية والمفروشة وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين للدكتور سليمان مرقس أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، الطبعة الرابعة المطبعة العالمية قاهرة.

= عقد الإيجار للدكتور عبد الرزاق السنهوري المطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

= القـــانون الإسلامي وطرق تنفيذه لأبي الأعلى المودودي سنة الطبع ١٣٩٥هـ ـ ١٩٥٧م مؤسسة الرسالة.

= قانون العدل والانصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف لقدري باشاه.

= مبادئ القانون الإداري للدكتور سليمان الطماوي

= مـــبادئ القـــانون للدكتور حمدي عبد الرحمن مدرس القانون المدني بكلية الحقوق جامعة عين شمس

= المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج

= المدخـــل إلى نظـــرية الالتزام المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء الطبعة السادسة دمشق سنة ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٥م.

= مذكرات الحق والذمة

= مذكـــرات في نظـــرية الالتزام، للدكتور عبد الحي حجازي، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة الطبعة الأولى، سنة ١٩٥١م.

= مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لقدري باشا مطبعة بولاق القاهرة سنة ١٣٠٩هـ

= مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري الطبعة الثانية

= موسوعة القضاء والفقه للدول العربية سنة الطبع ١٩٧٦م.

= نظرية العقد للدكتوتر عبد الرزاق السنهوري الطبعة الأولى

= هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي.

= الوســـيط في شرح القانون المدني لعبد الرزاق السنهوري مطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٦٣م، وكذلك مطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٤٩هـ ـ ١٩٣١م.

خ- كتب التراجم والتاريخ:

= آداب الشـافعي ومناقبه لابن أبي حاتم الرازي تحقيق عبد الغني عبد الخالق ط دار الكتب العلمية بيروت.

= أسد الغابة لابن الأثير مطبعة إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

= الأعلام لخير الدين لزركلي مطبعة دار القلم للملايين الطبعة السادسة.

= إيضـاح المكـنون في الذيـل على كشف الظنون لإسماعيل باشا بن محمد أمين البابابي البغدادي طبع بمصر سنة ١٣٢٦هـ.

= البداية والنهاية للحافظ أبي الفداء ابن كثير الدمشقي"ت ٧٧٤هـ" مطبعة السعادة.

= البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني طبع بمصر سنة ١٣٤٨هـ.

= بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي طبع بمصر سنة ١٣٢٦هـ.

= تـاج التراجم في طبقات الحنفية لزين الدين قاسم بن قطلوبغا"ت ٨٧٩هـ" مطبعة قاني بغداد سنة ١٩٦٢م.

= تاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الأخر والأول لصديق حسن خان تصحيح وتعليق عبد الحكيم شرف الدين المطبعة الهندية"بمباي" سنة ١٩٦٣م.

= تاريخ بغداد للخطيب مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

تاريخ المذاهب الإسلامية للشيخ محمد أبي زهرى مطبعة دار الفكر العربي.

= تذكرة الحفاظ للذهبي طبعة الهند ومطبعة دار إحياء التراث العربي.

= تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني طبع حيدرآباد.

= عجائب الأثار في التراجم والأخبار لجبرتي

= جواهر الإكليل الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م المطبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

الجواهر المضيئة في تراجم الحنفية لعبد القادر القرشي طبعة الهند.

= خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للمحبي طبع بمصر سنة ١٢٨٤هـ.

= دائرة المعارف الإسلامية- آسيا أباد مكران بلوشستان باكستان

= الدرر الكامنة في أعيان المائة الثانية لأحمد بن علي المعروف بابن. حجر العسقلاني

= الذيـــل على طبقات الحنابلة لزين الدين عبد الرحمن بن رجب"ت ٧٩٥هـ" مطبعة سنة المحمدية سنة ١٣٧٢هـ ١٩٥٢م.

= سير أعلام النبلاء للذهبي تحقيق شعيب الأرنؤوط وحسين الأسد الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م مؤسسة الرسالة بيروت.

= الشجرة الزكية لابن مخلوف المطبعة السلفية سنة ١٣٣٢هـ.

= شذرات الذهب لعبد الحي ابن العماد الحنبلي"ت ١٠٨٩هـ"طبعة القدس بالقاهرة سنة ١٣٥٠هـ.

= طـبقات الحـنابلة لأبي يعلى محمد بن أبي يعلى الفراء مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧١هـ ١٩٥٢م تحقيق محمد حامد الفقي.

= طـبقات الشافعية لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي"ت ٧٧٢هـ" الطبعة الأولى مطبعة الإرشاد بغداد سنة ١٣٩٠هـ.

= الفـتح المبين في طبقات الأصوليين للشيخ عبد الله مصطفى المراغي الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ بيروت لبنان.

= فهرست ابن النديم المطبعة الرحمانية.

= الفوائـد البهـية في تراجم الحنفية لعبد الحي اللكنوي مطبعة قديمي كتب خانه آرام باغ كراتشي.

= كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة الناشر دار إحياء التراث العربي

= معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت

= معجـم المطـبوعات العربية والمعربة ليوسف اليان سركيس طبع بمصر سنة ١٣٤٦هـ ١٩٢٨م

= معجم سركيس للمطبوعات ليوسف سركيس، مطبعة سركيس

= المنهل العذب في تاريخ طرابلس الغرب لأحمد بن حسين الأوسي الأنصاري طبع الأستانة سنة ١٣١٧هـ.

= ميزان الاعتدال في نقد الرجال لأبي عبد الله محمد بن أحمد"ت ٧٤٨هـ" مطبعة عيسى البابي الحلبي مصر سنة ١٣٨٢هـ ١٩٦٣م تحقيق علي محمد.

= النجوم الزاهرة في ملوك المصر والقاهرة لجمال الدين الأتابكي مطبعة دار الكتب الملكية سنة ١٣٥١هـ.

= نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتبكتي طبع على هامش الديباج المذهب طبع بمصر سنة ١٣٢٩هـ.

= وفيات الأعيان لأبي العباس أحمد بن محمد المعروف بـ ابن خلكان تحقيق الدكتور إحسان عباس أحمد بن محمد، مطبعة دار صادر بيروت سنة ١٣٧٩هـ.

ط- كتب معاجم اللغة :

= أدب اللغة تاريخ آداب اللغة العربية.

= تاج العروس للزبيدي محمد مرتضى الحسيني تحقيق عبد الكريم الغرباو مطبعة دار الهداية للطباعة والنشر والتوزيع.

= التعريفات لجرجان، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصرالمحمية سنة ١٣٠٦هـ

= القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبي حبيب مطبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان.

= القاموس المحيط لفيروز آباد مطبعة دار الفكر بيروت لبنان

= لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي مطبعة دار صادر بيروت.

المراجع الأجنبية

1. مجموعه قوانين اسلام للدكتور تنزيل الرحمن الطبعة الثانية عام 1981م الناشر إدارة تحقيقات إسلام أباد حكومت باكستان.

2. دستور جمهورية باكستان الإسلامية الصادر عام 1973م (ترجمة نشرها: وزارة القانون والشوون البرلمانية، باكستان)

3. Trust Act 1882
4. The Punjab Tenancy Act 1887
5. Transfer of Property Act 1882
6. Black Law Dictionary 5th Edition, Butterworth.
7. Manual of Rent Law by Mr. M. Farani, Lahore Law Times Publication (nd).
8. Halsbury's Laws of England by Lord Hailsham, Edition 4th, Butterworth, England.
9. Source Book on Land Laws by S.H.Goe, Lacknow, 1996.
10. National Law Reporter (NLR 1992 AC).
11. Manual of Awqaf Laws by Muhammad Waqar-ul Haq, Pakistan Law House, Lahore.

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
إذا لم تصطبحوا و لم تغتبقوا	٤١٩
إذا منع الله الثمرة	٤٤٣
أعط الأجير أجره	٢٢٢
الخراج بالضمان	٣٧٢
فرخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم في أكلها	٤١٩
فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا	٤٦
من استأجر أجيرا	٢٢٢
ما بال رجال منكم يشترطون شروطا	٣٩٤

فهرس الأعلام الواردة في الرسالة
مرتبة حسب الحروف الهجائية
وأسقطت "بن"و"أبو" من الاعتبار،
واعتبرت الاسم الذي بعدهما

العلم	الصفحة
إبراهيم الرياحي	٣٥٤
إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشهير بالشاطبي	٤٩،٤١٦
إبراهيم بن هانئ	٣٣٨
أحمد بن أبي حفص النسفي	١٧٧
أحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي	٨٣
أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين القليوبي	٣٣٧
أحمد بن أحمد بن عبد الرحمن الغرقاوي	٣١٤
أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي	٢٩٨
أحمد بن حجر الهيثمي	١١٤،٢٨٥
أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية	٣٧،٣٩٣،٢٩٥ ٢٥٠،
أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص	٦٧،١٢٧
أحمد بن علي بن محمد بن حجر	١٣٤،٢٥١
أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي	٧٠،١٣٩
أحمد بن محمد بن شهاب الدين الحموي	٣١٢
إسحاق بن محمد بن إسماعيل السمرقندي	٧٦،١٣٨
إمام الحرمين أبو محمد بن يوسف الجويني	١٥٣
الأذرعي أحمد بن محمد بن أحمد	١١٧،١٥١،٢٠٥
البدر القرافي	٣١٤،٣٥٥
بشر بن الكندي القاضي	٤٤
تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي	٢٤٩
تقي الدين بن الصلاح أبو عمر	١٥١
حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي	٦٨
الحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي	٢٩٩،٣١١،٣١٥،٣١٨،٣١٩،٣٥٦،٤٠٣
الحسين بن خضر أبو علي النسفي	١٧٧
الحصفكي	١٣٥ ،٣١١،٣١٩

الخرشي محمد بن عبد الله ١٥٥،٣١٦،٣٣٧،٤٠١

الخصاف أحمد بن عمر بن مهير ١٣٣، ١٣٩،١٨٦،١٩٧،١٩٨،٣٣٢، ٣٤٣،٤٠٦

خير الدين الرملي ١١٩،١٣٩،٣٠٩،٣٢٨،٣٣٢

الدردير أحمد بن محمد بن أحمد ١٧٨،٣٠٨،٣٣٧،٣٤١

الرحيباني ٤٠٤

الرملي محمد بن أحمد بن حمزة ١٥٨

الزبيدي محمد بن محمد بن عبد الرزاق ٨٤

الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله ٤١٦

زكريا بن محمد بن زكريا ٢٥١

زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ٤٧، ٢٣٥،٤٠٧،٣٦٥،٣٦٤ ،٣٠٤، ٣٠٢،٣٠٥،

زين الدين بن النقيب بن رجب ٤٦،٣٣٩،٣٣٥،٤٠١

الشربيني محمد بن أحمد ١٥٣،١٧٥،٢٠٢،٢٠٥

شرف الدين بن أحمد بن قدامة ٦٦، ٦٧،٤٣١

شرف الدين بن الخطاب ١٥٥،١٧٥

شمس الأئمة السرخسي ٦٦،٧٦

شمس الدين ابن قيم الجوزية ٣٧،٢١٩،٢٢١،٢٢٦

الشيخ شمس الدين محمد اللقاني ٣١٤،٣٢٣

الشيخ محمد بيرم الرابع ٣٥٤

الطرابلسي برهان الدين بن إبراهيم ١٣٤،١٣٥

الطرسوسي إبراهيم بن علي بن أحمد ١٧٦

عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ٢٩٣،٣١٣،٣٢٢، ٤٠٥

عبد البر بن محمد بن محمد ابن الشحنة ٤٠٦

عبد الرحمن أفندي ٣١٥

عبد الرحمن بن القاسم ١٧٦

عبد القادر الفاسي ٣٢٣

عبد الواحد بن علي بن برهان الدين ١٣٤

عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي ١٤٠

العدوي محمود بن محمد ١٧٨،٣٠٥،٣٠٦،٣٠٧،٣٠٩،٣١٦،٣١٧،٣٢١،٤٠٤

علاء الدين عبد العزيز البخاري ٤٣،٤٤

علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ٢٩٥

علي بن الحسين السغدي ١٧٦

علي بن عقيل بن محمد بن عقيل ٦٦

علي بن محمد بن عبد الرحمن الأجهوري ٣٢٩،٤٠٥،٤٠٦

علي بن محمد بن علي الجرجاني ٣٦،٤٣

عليش محمد بن أحمد بن محمد ٢٩٤،٣٠٨،٣١٣ ٣١٧،٣١٨،٣٢٠،٣٢١،٣٣٦،٣٤٢
٤٠٦،٣٣٧،٣٤١،٤٠١

فخر الإسلام البزدوي ٤٣،٥٢

القاسم بن أحمد بن محمد ٨٥،١١٧

قاضي القضاة عبد الرحمن بن علي ١٣٤

الكاساني أبو بكر مسعود بن أحمد ٧٦

المبرد محمد بن يزيد بن عبد الكريم ٨٤،٢١٧

محمد أمين بن محمود الشهير بأمير باد شاه ٤٤

محمد بن إبراهيم بن المنذر ٣٤٨،٣٧٠،٤٣١

محمد بن أحمد أبو بكر البلخي ١٧٦

محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد ٢٢٩

محمد بن أحمد بن عبد الله أبو زيد الفاسي ٢٢٣

محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين ٦٥،١٥٨،١٩٤،١٩٨،٢٠١،٣٠٤،٣١٠،
٣١١،٣١٤،٣١٨،٣٢٠،٣٢٢،٣٥٧،٣٦١ ،٣٦٢٢٦٠،٣٦٥،٣٦٦، ٣٩٩، ٤٠١،٤٠٤،
٤٠٦،٤٠٧

محمد بن الحسن الشيباني ٤٤،١٩٤،١٧٧،٢٩٨،٢٣٤

محمد بن الحسن بن محمد الشهير بأبي يعلى ٦٧

محمد بن الحسن بن مسعود البناني ٢٩٤،٢٩٥،٣٢٣،٣٥٤

محمد بن عبد الله بن محمد أبو جعفر البلخي ٢٤٦

مختار بن محمود بن محمد الزاهدي ١٣٨،١٣٩،٣٣١

المرغيناني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ٧٧

مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني ٣٧

معاذ بن جبل بن عمرو ٥٢،٥٤

منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي ٣٠٦،٣٠٩،٣١٠،٣٩٩

المهدي العباسي ٣٦٢،٣٤٥

ناصر الدين اللقاني ٢٩٨،٢٩٩،٣١٤،٣١٥،٣٢٠،٣٢٦،٣٥٥

النعمان بن ثابت أبو حنيفة ٢٢٩،١٩٤

يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف ٢٩٤،٤٤٢

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٥
نظرة عابرة إلى القانون الوضعي الباكستاني	١٨
القضاء	٢٥
تحويل القوانين الوضعية إلى القوانين الإسلامية	٢٦
القانون المدني المصري	٢٧
القانون المدني المنفذ في عام ١٩٤٩م	٣٠
التمهيد	٣٦
تعريف الحق وبيان ماهية الاستقرار واهتمام الفقه والقانون به	٣٦
تعريف الحق	٣٧
تعريف الحق بأنه اختصاص	٣٩
العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي	٤١
الحق عند علماء الأصول	٤٣
إطلاقات الفقهاء لكلمة الحق	٤٧
أقسام الحق في الفقه الإسلامي	٤٩
تقسيم الحق باعتبار مستحقه	٤٩
تقسيم الحق باعتبار حكم ثبوته في الذمة	٤٩
تقسيم الحق باعتبار علاقته البارزة	٥٠
مصدر الحق	٥١
أركان الحق	٥٢
معنى الحق في القانون	٥٤
الفرق بين الحق والواجب	٥٦
أنواع الحقوق في القانون	٥٨
أولا الحقوق السياسية	٥٨

ثانيا الحقوق المدنية........................ ٥٩

حقوق الأسرة........................ ٥٩

حقوق الشخصية........................ ٦٠

الحقوق المالية........................ ٦٠

مصادر الحق في القانون........................ ٦١

حق الاستقرار تعريفه........................ ٦٥

معنى الاستقرار في القانون........................ ٧٢

مدى اهتمام الفقه والقانون بحق الاستقرار........................ ٧٥

خلاصة المسائل الواردة في الفصل التمهيدي........................ ٨٠

الفصل الأول ماهية الحكر ومتعلقاته........................ ٨٣

المبحث الأول ماهية الحكر وموضوعه في الفقه والقانون........................ ٨٣

تعريف الحكر........................ ٨٣

الحكر في اصطلاح الفقهاء........................ ٨٥

الألفاظ التي لها صله بالحكر........................ ٨٨

الفراغ والإفراغ........................ ٨٨

المرصد........................ ٩٠

الكردار........................ ٩٤

الكدك أو الجدك........................ ٩٦

مشد المسكة........................ ٩٩

موضوع الحكر........................ ١٠٣

المبحث الثاني: أقسام الحكر........................ ١٠٦

المبحث الثالث: أحكام الحكر في الفقه والقانون........................ ١١٤

من يملك تحكير الوقف........................ ١٢٦

رأي الفقيه أبي جعفر........................ ١٢٩

من يحتكر له الوقف........................ ١٣١

رأي الخصاف........................ ١٣٣

رأي الطرابلسي.. ١٣٤
رأي قاضي القضاة... ١٣٤
رأي الحصفكي.. ١٣٥
الرأي الراجح... ١٣٦
المبحث الرابع: حقوق المحتكر وواجباته.......................... ١٣٧
حقوق المحتكر... ١٣٧
حقوق المحتكر في القانون.. ١٤١
حق الملكية في البناء والغراس..................................... ١٤٤
واجبات المحتكر... ١٤٨
نقص أجرة المثل أو زيادتها أثناء مدة الاحتكار................. ١٥٠
انخفاض الأجرة.. ١٥٠
الزيادة في الأجرة... ١٥١
واجبات المحتكر في القانون....................................... ١٥٧
ما جرت عليه وزارة الأوقاف....................................... ١٦٣
رأي المحاكم الأهلية.. ١٦٨
رأي المحاكم المختلطة ١٦٩
رأي محكمة النقض ١٧١
المبحث الخامس: مدة الحكر ومتعلقاتها ١٧٥
المطلب الأول: بيان المدة في الحكر ١٧٥
موقف الفقهاء من تحديد مدة لإجارة الحكر....................... ١٧٧
موقف القانون من المدة في الحكر.................................. ١٨١
المطلب الثاني: الحقوق المترتبة على مضي المدة................ ١٨٥
موقف القانون ١٨٨
المطلب الثالث: الأجرة الواجبة مقابل الحكر...................... ١٩٤
موقف القانون من الأجرة الواجبة مقابل الحكر ١٩٦
ما يترتب على التحكير بغبن فاحش ١٩٧

موقف القانون ٢٠٠
متى تجوز الإجارة بأقل من أجرة المثل................... ٢٠١
المطلب الرابع: أسباب انقضاء الحكر........................ ٢٠٣
موت العاقدين ٢٠٣
انقضاء الحكر بهلاك البناء والأشجار ٢٠٧
الفصل الثاني: الإجارة الطويلة وعقد الإجارتي وحلول الانتفاع ٢١٧
المبحث الأول: الإجارة الطويلة وخصائصها ٢١٧
المطلب الأول: التعريف ٢١٧
الإجارة في اللغة ٢١٧
الإجارة في الاصطلاح ٢١٨
محل الإجارة ٢٢٤
معنى الإجارة الطويلة ٢٣٠
المطلب الثاني: منشأ الإجارة الطويلة وأحكامها ٢٣٤
الإجارة الطويلة في الأملاك الخاصة ٢٣٤
ما الحكم إذا فسخ أحد العاقدين الإجارة الطويلة في أيام الخيار ٢٣٨
موقف القانون من الإجارة الطويلة ٢٣٨
الإجارة الطويلة في الأوقاف ٢٤٥
ما الحكم إذا اشترط الواقف منع الإجارة الطويلة في الوقف ٢٥١
موقف القانون من الإجارة في الأوقاف ٢٥٣
المطلب الثاني: الفرق بين الإجارة الطويلة والحكر ٢٦٠
المبحث الثاني: عقد الإجارتين ٢٦٢
المطلب الأول: ماهية عقد الإجارتين ٢٦٢
المطلب الثاني: أحكام عقد الإجارتين ٢٦٦
المطلب الثالث: الفرق بين عقد الإجارتين وبين كل من الحكر والإجارة الطويلة . ٢٧٠
المسألة الأولى: الفرق بين عقد الإجارتين والحكر ٢٧٠
المسألة الثانية: الفرق بين عقد الإجارتين والإجارة الطويلة ٢٧٢

المبحث الثالث: ماهية حلول الانتفاع وحكمه وخصائصه ٢٧٥
المطلب الأول: ماهية حلول الانتفاع ٢٧٥
المطلب الثاني: حكم حلول الانتفاع ٢٧٨
موقف القانون من حلول الانتفاع ٢٨١
المطلب الثالث: خصائص حلول الانتفاع ٢٨٥
المسألة الأولى: الفرق بين حلول الانتفاع وبين كلٍ من الحكر والإجارتين ٢٨٥
المسألة الثانية: الفرق بين حلول الانتفاع والإجارة الطويلة ٢٨٨
الفصل الثالث: الخلو وأحكامه ٢٩٣
المبحث الأول: تعريف الخلو وحقيقة ملكه ٢٩٣
الخلو في الاصطلاح ٢٩٣
حقيقة ملك الخلو ٢٩٧
نشأة الخلو ٣٠٣
المبحث الثاني: أنواع الخلو باعتبار العقارات والحوانيت ٣٠٧
المطلب الأول: حق الخلو في عقارات الأوقاف ٣٠٧
الصورة الأولى ٣٠٧
الصورة الثانية ٣٠٧
الصورة الثالثة ٣٠٨
الصورة الرابعة ٣٠٨
الصورة الخامسة ٣٠٩
حق مالك الخلو في الاستمرار في العقار إن كان مقابل مال ٣٢١
موقف القانون من حق الخلو في عقارات الأوقاف ٣٢٥
مقدار الأجرة التي يدفعها صاحب الخلو ٣٢٨
أحوال نشوء حق الخلو في عقارات الأوقاف ٣٣١
المبحث الثالث: الخلو في أراضي بيت المال وكيفية توارث هذه الأراضي .. ٣٣٥
الخلو في أراضي بيت المال ٣٣٥
كيفية توارث الخلو في أراضي بيت المال ٣٤٠

وقف ما ينشئه الخلو في أرض بيت المال ٣٤٢
المبحث الرابع: الخلو في الأملاك الخاصة ٣٤٤
القسم الأول من الخلو في الأملاك الخاصة ٣٤٦
القسم الثاني ٣٧٢
القسم الثالث ٣٧٦
بيع حق الإيجار ٣٧٨
الخلاصة ٣٧٩
موقف القانون من الخلو في الأملاك الخاصة ٣٨١
المبحث الخامس: بيع صاحب الخلو خلوه وتصرفه فيه ٣٩٩
المبحث السادس: شفعة صاحب الخلو ٤٠٤
وقف الخلو ٤٠٤
إرث الخلو ٤٠٨
تكاليف الاصلاحات ٤٠٨
الفصل الرابع: العلاقة بين حق الاستقرار والعوارض ٤١٤
المبحث الأول: ماهية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها ٤١٤
الضرورة ٤١٦
الحاجة ٤١٩
الحرج ٤١٩
٦العذر ٤١٩
الجائحة ٤٢٠
الإكراه ٤٢٠
شروط الضرورة ٤٢٢
حالات الضرورة ٤٢٤
أثر الضرورة أو العذر في العقود.................................... ٤٢٤
القواعد الفقهية ٤٢٥
العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة وحق الاستقرار ٤٣٠

موقف القانون من الظروف الطارئة ٤٣٩
النصوص القانونية في نظرية الظروف الطارئة ٤٤٠
شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ٤٤١
أثر الإرهاق الطارئ ٤٤٢
الأعذار الطارئة في القانون مما يتعلق بحق الاستقرار ٤٤٢
المقارنة ٤٤٥
المبحث الثاني: ماهية الظروف القاهرة والعلاقة بينها وبين حق الاستقرار ٤٥٣
أنواع الجائحة ٤٥٣
موقف القانون من القوة القاهرة ٤٥٧
شروط ظروف القاهرة ٤٥٧
القوة القاهرة والحادث الفجائي ٤٥٨
أثر تحقق القوة القاهرة ٤٥٩
الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة ٤٦٠
المقارنة ٤٦١
الحقوق المشابهة لحق الاستقرار........................ ٤٦٥
الخاتمة ٤٧٢
الفهارس ٤٧٩

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	الصفحة
إنما حرم عليكم الميتة	البقرة	٤١٨،٤٢١
يريد الله بكم اليسر	البقرة	٤٢٢
ويسألونك عن المحيض قل هو أذى	البقرة	٥٤
فأتوهن أجورهن	النساء	٢٢٢
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود	المائدة	٢٢٩
وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه	الأنعام	٤١٨
وقد فصل لكم ما حرم عليكم	الأنعام	٤٢٠
ليحق الحق ويبطل الباطل	الأنفال	٣٦
جاء الحق وزهق الباطل	الإسراء	٣٦
لو شئت لاتخذت عليه	الكهف	٢٢٢
وما جعل عليكم في الدين	الحج	٤٢٢
إني أريد أن أنكحك	القصص	٢١٧- ٢٢٢
أمّن جعل الأرض قرارا	العنكبوت	٦٥
لقد حق القول على أكثرهم	يس	٣٦
وما خلقت الجن والإنس	الذاريات	٤٦
كل نفس بما كسبت رهينة	المدثر	٣٦٤